

TRIBUNAL ARBITRAL

CONSORCIO MARSELLA

CONTRA

**EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ
EAAB E.S.P.**

(5374)

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D.C., once (11) de febrero de dos mil veinte (2020).

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede este Tribunal Arbitral a proferir el Laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral surtido entre el **CONSORCIO MARSELLA**, integrado por RB DE COLOMBIA S.A. y COOPERATIVA NACIONAL PARA LA ADMINISTRACIÓN GESTIÓN Y DESARROLLO DE ENTIDADES TERRITORIALES LTDA - CONGETER LTDA., como parte convocante, y la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ EAAB E.S.P.**, como parte convocada, relacionado con el Contrato de Obra No. 1-01-33100 01025 2014 suscrito el 26 de diciembre de 2014.

I. ANTECEDENTES

1. PARTES Y REPRESENTANTES

Las partes son personas jurídicas plenamente capaces, y han acreditado en legal forma su existencia y representación, así:

1.1. Parte Convocante

La parte convocante en este trámite arbitral -en adelante **CONSORCIO MARSELLA**, la demandante o la convocante-, es el **CONSORCIO MARSELLA**, representado legalmente por el señor GERMÁN FRANCISCO ESPEJO MEJÍA¹, integrado por las

¹ Folios 14 a 17 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

sociedades RB DE COLOMBIA S.A., sociedad anónima constituida mediante escritura pública No. 26 del 9 de enero de 1963, otorgada en la Notaría 7ª de Bogotá, domiciliada en la ciudad de Bogotá, representada legalmente por JAVIER IGNACIO RESTREPO GALINDO, y COOPERATIVA NACIONAL PARA LA ADMINISTRACIÓN GESTIÓN Y DESARROLLO DE ENTIDADES TERRITORIALES LTDA - CONGETER LTDA. – en adelante CONGETER -, entidad sin ánimo de lucro, constituida mediante Acta del 16 de mayo de 2001, domiciliada en la ciudad de Tunja, representada legalmente por ROGERS ANDRÉS LEGUIZAMO TARAZONA, según consta en los certificados de existencia y representación legal correspondientes².

La parte convocante se encuentra debidamente representada por su apoderada judicial de acuerdo con los poderes que obran en el expediente³.

1.2. Parte Convocada

La parte convocada en este trámite arbitral es la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. - en adelante EAAB, la demandada o la convocada-empresa oficial de servicios públicos domiciliarios, domiciliada en la ciudad de Bogotá, representada legalmente por el doctor DAVID FELIPE FRANCO SANTAMARÍA en su condición de Jefe de Oficina Asesora de Jurídica, según consta en los documentos que obran en el expediente⁴.

La parte convocada se encuentra debidamente representada por su apoderado judicial de acuerdo con los poderes que obra en el expediente.⁵

2. EL CONTRATO ORIGEN DE LA CONTROVERSIA

Las diferencias sometidas a conocimiento y decisión de este Tribunal se derivan del Contrato de Obra No. 1-01-33100 01025 2014 suscrito entre la EAAB y EL CONSORCIO MARSELLA el 26 de diciembre de 2014, en adelante el Contrato o el Contrato de Obra, para la *“construcción y rehabilitación de los sistemas de alcantarillado sanitario y pluvial del barrio Marsella de la zona 3 de la EAB fase 1”*⁶.

3. EL PACTO ARBITRAL

En la Cláusula Vigésima Segunda del Contrato de Obra No. 1-01-33100 01025 2014, consta la Cláusula Compromisoria pactada por las partes, la cual es del siguiente tenor:

2 Folios 2 a 13 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

3 Folios 59 a 64, y 111 a 119 del Cuaderno Principal No. 1.

4 Folios 91 y siguientes del Cuaderno Principal No. 1.

5 Folio 90 y 100 del Cuaderno Principal No. 1.

6 Folios 98 y ss. del Cuaderno de Pruebas No. 1

“Las controversias o divergencias relativas a la celebración, ejecución o liquidación del contrato que no puedan ser resueltas mediante la aplicación de los mecanismos de solución directa de controversias, serán sometidas a tres árbitros, en cumplimiento de los artículos 7 y 8 de la Ley 1563 de 2013, que serán designados así: uno designado por cada una de las partes y un tercero designado de común acuerdo por las partes o en su defecto por la Cámara de Comercio de Bogotá, quien decidirá en derecho. Para efectos de su funcionamiento se aplicará el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.”

Ninguna de las partes durante el trámite del presente proceso arbitral desconoció la existencia, validez y eficacia del pacto de arbitraje.

4. EL TRÁMITE ARBITRAL

4.1. La demanda arbitral

La demanda junto con todos sus anexos fue presentada el 8 de septiembre de 2017 ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá⁷.

4.2. Nombramiento de los árbitros

En reunión celebrada el 21 de septiembre de 2017, se determinó que los árbitros serían designados por sorteo público.⁸ Mediante sorteo público, la Cámara de Comercio de Bogotá designó como árbitros principales del presente Tribunal a los doctores Héctor J. Romero Díaz, Juan Carlos Henao Pérez y Eduardo Cifuentes Muñoz, y como árbitros suplentes a los doctores María Luisa Mesa Zuleta, Eduardo Silva Romero y María Teresa Palacio Jaramillo. Informada la designación a los árbitros principales, solamente aceptó oportunamente el doctor Héctor J. Romero Díaz quien dio cumplimiento a lo establecido en los artículos 14 y 15 de la Ley 1563 de 2012. Comunicada la designación a los árbitros suplentes, solamente aceptó oportunamente la doctora María Luisa Mesa Zuleta quien dio cumplimiento a lo establecido en los artículos 14 y 15 de la Ley 1563 de 2012. Posteriormente se designó por sorteo a la doctora María Claudia Rojas Lasso, quien aceptó oportunamente la designación y dio cumplimiento a lo establecido en los artículos 14 y 15 de la Ley 1563 de 2012⁹.

4.3. Instalación del Tribunal Arbitral y notificación de la demanda

El Tribunal fue instalado en audiencia celebrada el 21 de mayo de 2018, en la cual los árbitros designaron como Presidente a la doctora María Luisa Mesa Zuleta, y como Secretaria a Andrea Atuesta Ortiz, integrante de la Lista de Secretarios del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, quien aceptó oportunamente, dio cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 14 y 15 de

7 Folios 2 y ss. del Cuaderno Principal No. 1.

8 Folios 88 a 89 del Cuaderno Principal No. 1.

9 Folios 122 y ss. del Cuaderno Principal No. 1.

la Ley 1563 de 2012 y tomó posesión de su cargo ante el Tribunal¹⁰. Así mismo, en esta providencia el Tribunal fijó como lugar de funcionamiento y secretaría del Tribunal el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, reconoció personería a los apoderados de las partes, inadmitió la demanda arbitral presentada y concedió un término de 5 días para subsanarla.¹¹

El 28 de mayo de 2018 la convocante subsanó oportunamente la demanda¹², y mediante providencia del 5 de junio de 2018 el Tribunal la admitió y ordenó la notificación personal a la parte convocada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en los términos del artículo 612 del CGP.¹³

El 12 de junio de 2018 el auto admisorio de la demanda fue notificado personalmente a la parte convocada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, y se les hizo entrega del traslado correspondiente.¹⁴

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado no intervino en el presente trámite arbitral.

4.4. Contestación de la demanda y demanda de reconvención

El 10 de agosto de 2018 la parte convocada contestó en tiempo la demanda, formuló excepciones de mérito, solicitó pruebas, y presentó demanda de reconvención.¹⁵

Mediante auto del 21 de agosto de 2018 el Tribunal admitió la demanda de reconvención y corrió el traslado correspondiente¹⁶.

El 19 de septiembre de 2018 la demandada en reconvención contestó en tiempo la demanda de reconvención, formuló excepciones de mérito, objetó la estimación de la cuantía y pidió pruebas.¹⁷

El 21 de septiembre de 2018, en los términos del art. 21 de la Ley 1563 de 2012, se fijó en lista el traslado de las excepciones de mérito contenidas en la contestación de la demanda y en la contestación de la demanda de reconvención.¹⁸

10 Folios 199 a 204 del Cuaderno Principal No. 1.

11 Folios 193 a 197 del Cuaderno Principal No. 1.

12 Folios 206 a 207 del Cuaderno Principal No. 1.

13 Folios 209 a 211 del Cuaderno Principal No. 1.

14 Folios 218 a 255 del Cuaderno Principal No. 1.

15 Folios 256 y ss. del Cuaderno Principal No. 1.

16 Folios 312 a 314 del Cuaderno Principal No. 1.

17 Folios 324 y ss. del Cuaderno Principal No. 1.

18 Folio 372 del Cuaderno Principal No. 1.

El 28 de septiembre de 2018 la demandante en reconvención describió el traslado de la contestación de la demanda de reconvención¹⁹, y la convocante describió el traslado de la contestación de la demanda y solicitó pruebas adicionales.²⁰

4.5. La reforma de la demanda y su contestación

El 22 de octubre de 2018 la convocante reformó la demanda arbitral²¹, la cual fue admitida y se corrió el traslado correspondiente mediante providencia del 23 de octubre de 2018²². Por secretaría se hizo entrega de la demanda reformada a la parte convocada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Mediante providencia del 23 de octubre de 2018 se concedió a la demandante un término de 10 días para que aportara el dictamen pericial anunciado en la demanda reformada²³, el cual fue allegado el 7 de noviembre de 2018²⁴.

El 7 de noviembre de 2018, la parte convocada contestó oportunamente la demanda reformada, formuló excepciones de mérito, solicitó pruebas, objetó el juramento estimatorio y presentó demanda de reconvención²⁵.

Mediante providencia del 14 de noviembre de 2018 se admitió la demanda de reconvención reformada, y se corrió el traslado correspondiente²⁶.

El 19 de noviembre de 2018 la convocada describió el traslado del dictamen pericial aportado por la convocante.²⁷

El 3 de diciembre de 2018, la demandada en reconvención contestó oportunamente la demanda de reconvención reformada, formuló excepciones de mérito, solicitó pruebas, y objetó el juramento estimatorio²⁸.

Mediante providencia del 10 de diciembre de 2018, en los términos del artículo 206 del CGP y 21 de la Ley 1563 de 2012, se corrió traslado de la contestación de la demanda reformada y de la contestación de la demanda de reconvención reformada, y se fijó fecha para la audiencia de conciliación.²⁹

19 Folios 387 a 389 del Cuaderno Principal No. 1.

20 Folios 390 a 420 del Cuaderno Principal No. 1.

21 Folios 438 a 510 del Cuaderno Principal No. 1.

22 Folios 511 a 515 del Cuaderno Principal No. 1.

23 Folios 511 a 515 del Cuaderno Principal No. 1.

24 Folio 518 del Cuaderno Principal No. 1.

25 Folios 519 a 650 del Cuaderno Principal No. 1.

26 Folios 651 a 654 del Cuaderno Principal No. 1.

27 Folios 666 a 669 del Cuaderno Principal No. 1.

28 Folios 1 a 57 del Cuaderno Principal No. 2.

29 Folios 58 a 60 del Cuaderno Principal No. 2.

El 17 de diciembre de 2018 la demandante en reconvención describió el traslado de la contestación de la demanda de reconvención reformada y solicitó pruebas.³⁰

El 18 de diciembre de 2018 la convocante describió el traslado de la contestación de la demanda reformada y solicitó pruebas.³¹

4.6. Audiencia de Conciliación y fijación de honorarios

El 17 de enero de 2019 inició la audiencia de conciliación, la cual fue suspendida³², y continuó el 12 de febrero de 2019, fecha en la que se declaró surtida y fracasada. A continuación el Tribunal Arbitral estableció el monto de los honorarios y gastos del mismo, el cual fue consignado de forma oportuna por las partes, y fijó la fecha para la Primera Audiencia de Trámite.³³

En estos términos se dio cumplimiento al trámite inicial previsto en los artículos 20 a 27 de la Ley 1563 de 2012.

4.7. Intervención del Ministerio Público

En el presente trámite arbitral, intervino como Agente del Ministerio Público la doctora Alba Lucía Becerra Avella, Procuradora Once Judicial II para asuntos Administrativos.

4.8. Primera Audiencia de Trámite

En audiencia celebrada el 14 marzo de 2019 el Tribunal asumió competencia, sin perjuicio de lo que se decidiera en el presente laudo, para conocer y resolver en derecho las controversias surgidas entre las partes, de que dan cuenta la demanda reformada y su contestación, y la demanda de reconvención reformada y su contestación, providencia contra la cual la parte convocada interpuso recurso de reposición. Mediante providencia notificada en dicha audiencia el Tribunal confirmó la providencia recurrida.

Acto seguido el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes en: (i) la demanda arbitral reformada y su contestación, (ii) la demanda de reconvención reformada y su contestación; y (iii) los escritos presentados mediante los cuales se describió el traslado de la contestación de la demanda y de la contestación de la demanda de reconvención y de la contestación a sus reformas. Adicionalmente de oficio ordenó a la parte convocada allegar la totalidad de documentos y comunicaciones cruzadas entre las partes que se encuentren en la EAAB y tengan relación con el contrato de obra No. 1-01-33100 01025 2014, incluidos los documentos precontractuales. La apoderada de la parte convocante interpuso

30 Folios 65 a 68 del Cuaderno Principal No. 2.

31 Folios 69 a 106 del Cuaderno Principal No. 2.

32 Folios 107 a 110 del Cuaderno Principal No. 2.

33 Folios 124 a 130 del Cuaderno Principal No. 2.

recurso de reposición contra la providencia que decretó las pruebas. Mediante providencia notificada en dicha audiencia el Tribunal confirmó la providencia recurrida.

En consecuencia la primera Audiencia de Trámite finalizó el 14 de marzo de 2019³⁴.

4.9. Pruebas del trámite arbitral

Las pruebas decretadas se practicaron de la siguiente manera:

Documentales:

Se ordenó tener como pruebas documentales, con el valor probatorio que les corresponda:

- a) Los documentos aportados por la parte convocante con la demanda arbitral y su reforma, la contestación de la demanda de reconvención y el escrito que describió el traslado de la contestación de la demanda. Estos documentos se incorporaron al expediente y obran a folios 1 a 604 y 644 a 668 del Cuaderno de Pruebas No. 1 y a folios 1 a 672 del Cuaderno de Pruebas No. 2.
- b) Los documentos aportados por la parte convocada con la contestación de la demanda arbitral. Estos documentos se incorporaron al expediente y obran a folios 605 a 643 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

Adicionalmente al expediente se incorporaron los documentos allegados por la parte convocada en cumplimiento de la prueba de oficio decretada por el Tribunal, los cuales se pusieron en conocimiento de las partes y del Ministerio Público mediante providencia del 30 de abril de 2019 y obran a folios: 386 a 635 del Cuaderno de Pruebas No. 4, 1 a 547 del Cuaderno de Pruebas No. 5, 1 a 545 del Cuaderno de Pruebas No. 6.

Igualmente se incorporaron los documentos aportados por el testigo Juan Martín Acosta López los cuales obran a folios 596 a 599 del Cuaderno de Pruebas No. 6, y los estatutos de la sociedad Acosta Rojas & Asociados solicitados por el Tribunal en providencia del 14 de junio de 2019, los cuales obran a folios 410 a 449 del Cuaderno Principal No. 2.

Dictamen Pericial:

a) Dictamen pericial técnico financiero

La parte convocante aportó un dictamen técnico financiero rendido por el Ingeniero CAMILO ANDRÉS CRISTANCHO MORENO y por el contador ANDRÉS RICARDO

³⁴ Folios 146 y siguientes del Cuaderno Principal No. 2.

CARVAJAL, el cual fue decretado como prueba por el Tribunal en providencia del 14 de marzo de 2019, y obra en el expediente a folios 1 a 558 del Cuaderno de Pruebas No. 3 y 1 a 385 del Cuaderno de Pruebas No. 4. Los peritos remitieron los documentos que fueron solicitados por el Tribunal los cuales se incorporaron al expediente y se pusieron en conocimiento de las partes y del Ministerio Público mediante providencia del 26 de marzo de 2019.

En audiencia celebrada el 12 de noviembre de 2019 se recibió la declaración del perito Andrés Ricardo Carvajal; la grabación de esta declaración y la correspondiente transcripción obra en el Cuaderno de Pruebas No. 7 a folios 162 a 174.

En providencia del 12 de noviembre de 2019, el Tribunal dispuso que al no haber concurrido el perito Camilo Andrés Cristancho a la audiencia fijada para recibir su declaración, en los términos del artículo 228 del Código General del Proceso no tendría valor el dictamen aportado por la convocante en el componente técnico³⁵.

b) Dictamen pericial financiero contable rendido por JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA.

El perito JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA., nombrado por el Tribunal, rindió el dictamen pericial financiero contable solicitado por la parte convocada, decretado en providencia del 14 de marzo de 2019, del cual se corrió traslado a las partes en los términos del artículo 31 de la Ley 1563 de 2012³⁶, y obra en el expediente a folios 601 a 625 del Cuaderno de Pruebas No. 6. Estando dentro del término del traslado, los señores apoderados de las partes solicitaron aclaraciones y complementaciones al dictamen. Mediante providencia del 22 de agosto de 2019 el Tribunal se pronunció sobre las solicitudes de aclaración y complementación presentadas por las partes³⁷. El perito dio respuesta a las solicitudes de aclaración y complementación decretadas por el Tribunal, las cuales se incorporaron al expediente a folios 96 a 127 del Cuaderno de Pruebas No. 7, y mediante providencia del 19 de septiembre de 2019 las puso en conocimiento de las partes y el Ministerio Público³⁸.

En audiencia celebrada el 7 de octubre de 2019 se recibió la declaración del perito JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA a través de su representante legal Eduardo Jiménez Ramírez ³⁹; la grabación y transcripción de esta declaración obra en el Cuaderno de Pruebas No. 7 folios 152 a 161.

Informe representante legal de la EAAB en los términos del artículo 195 del CGP

35 Folios 574 del Cuaderno Principal No. 2.

36 Folio 462 del Cuaderno Principal No. 2.

37 Folio 533 del Cuaderno Principal No. 2.

38 Folio 541 del Cuaderno Principal No. 3.

39 Folio 568 del Cuaderno Principal No. 2.

El Tribunal decretó prueba por Informe al representante legal de la EAAB en los términos del artículo 195 del C.G.P. conforme al cuestionario presentado por la parte convocante. El informe correspondiente fue rendido y obra en el Cuaderno de Pruebas No. 6 a folios 546 a 572. Mediante providencia del 30 de abril de 2019 se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público del informe rendido ⁴⁰, y mediante providencia del 14 de mayo de 2019 se ordenó aclarar y complementar el informe rendido⁴¹.

Las aclaraciones y complementaciones al informe rendido se incorporaron al expediente a folios 575 a 593 del Cuaderno de Pruebas No. 6, y se pusieron en conocimiento de las partes y el Ministerio Público mediante providencia del 14 de junio de 2019 ⁴². La convocante se pronunció sobre las aclaraciones y complementaciones al informe rendido mediante escrito del 19 de junio de 2019. El Tribunal se pronunció sobre el escrito remitido por la convocante en providencia del 22 de agosto de 2019⁴³.

Interrogatorio y declaración de parte del representante legal de la convocante

El 14 de mayo de 2019 se recibió el interrogatorio y declaración de parte decretado del representante legal del CONSORCIO MARSELLA ⁴⁴. La grabación y transcripción de estas declaraciones se incorporó al expediente a folios 1 a 24 del Cuaderno de Pruebas No. 7.

Testimonios

Se recibieron los testimonios decretados así:

| TESTIGO | FECHA DE LA DECLARACIÓN | GRABACIÓN Y TRANSCRIPCIÓN |
|--|-------------------------|---|
| Johan Ariel Rivera Bahamón ⁴⁵ | 14 de junio de 2019 | Folios 25 a 46 del Cuaderno de Pruebas No. 7. |
| Juan Martín Acosta López ⁴⁶ | 14 de junio de 2019 | Folios 47 a 65 del Cuaderno de Pruebas No. 7. |
| Johann Carlos Sánchez Rayo ⁴⁷ | 17 de junio de 2019 | Folios 66 a 95 del Cuaderno de Pruebas No. 7. |

40 Folio 253 del Cuaderno Principal No. 2.
41 Folio 378 del Cuaderno Principal No. 2.
42 Folio 401 del Cuaderno Principal No. 2.
43 Folio 533 del Cuaderno Principal No. 2.
44 Folio 375 del Cuaderno de Principal No. 2.
45 Folio 397 del Cuaderno Principal No. 2.
46 Folios 399 del Cuaderno Principal No. 3.
47 Folios 462 del Cuaderno Principal No. 3.

El Tribunal decretó de oficio el testimonio de Jainer Lucas Olivella⁴⁸, el cual se recibió en audiencia del 22 de agosto de 2019⁴⁹ y la grabación y transcripción se incorporó al expediente a folios 128 a 151 del Cuaderno de Pruebas No. 7.

En relación con las transcripciones incorporadas al expediente el Tribunal advirtió que no sustituyen la grabación, la cual constituye el registro de la declaración practicada.

La parte convocante desistió de los testimonios Jainer Lucas Olivella, Ingrid Johana Martínez y Fabio Alberto López⁵⁰.

La apoderada de la parte convocante formuló tacha de sospecha a los testigos Johan Ariel Rivera Bahamón y Johann Carlos Sánchez Rayo, y el apoderado de la parte convocada al testigo Juan Martín Acosta López. En los términos del artículo 211 del Código General del Proceso, en la valoración de la prueba testimonial el Tribunal tendrá en cuenta las manifestaciones realizadas en el curso de la respectiva tacha por sospecha.

4.10. Alegatos de Conclusión

Mediante providencia del 12 de noviembre de 2019, previo control de legalidad, el Tribunal dispuso el cierre de la etapa probatoria y señaló fecha y hora para la audiencia de alegatos de conclusión⁵¹, la cual fue modificada mediante providencia del 9 de diciembre de 2019.⁵²

El 11 de diciembre de 2019 se surtió la audiencia de alegatos de conclusión, actuación ésta en la que los apoderados de las partes formularon oralmente sus planteamientos finales y entregaron un memorial con la versión escrita de los mismos, los cuales forman parte del expediente⁵³. En esta misma Audiencia la señora Agente del Ministerio Público entregó su concepto final.

5. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

El término de duración del presente proceso, por mandato del artículo 10 de la Ley 1563 de 2012 es de seis (6) meses, como quiera que las partes no pactaron nada distinto al respecto. Su cómputo inicia a partir de la finalización de la Primera Audiencia de Trámite, esto es, el día 14 de marzo de 2019.

A dicho término, por mandato del artículo 11 de la Ley 1563 de 2012, deben adicionarse los 120 días hábiles durante los cuales el proceso ha estado suspendido

48 Folio 402 del Cuaderno Principal No. 2.

49 Folio 534 del Cuaderno Principal No. 2.

50 Folios 401 del Cuaderno Principal No. 2.

51 Folio 576 del Cuaderno Principal No. 2.

52 Folio 580 del Cuaderno Principal No. 2.

53 Folios 5 y siguientes del Cuaderno Principal No. 3.

a solicitud de las partes. Lo anterior teniendo en cuenta que durante el proceso se solicitaron y decretaron las siguientes suspensiones:

| AUTO | FECHAS | DÍAS HÁBILES SUSPENDIDOS |
|-------------------------------------|--|--------------------------|
| Auto 23 del 26 de marzo de 2019 | Entre el 27 de marzo y el 29 de abril de 2019, ambas fechas inclusive | 22 días |
| Auto 24 del 30 de abril de 2019 | Entre el 7 y el 13 de mayo de 2019, ambas fechas inclusive | 4 días |
| Auto 25 del 14 de mayo de 2019 | Entre el 22 de mayo y el 12 de junio de 2019, ambas fechas inclusive. | 15 días |
| Auto 26 del 14 de junio de 2019 | Entre el 20 de junio y el 11 de julio de 2019, ambas fechas inclusive. | 14 días |
| Auto 29 del 17 de julio de 2019 | Entre el 1 y el 21 de agosto de 2019, ambas fechas inclusive. | 13 días |
| Auto 31 del 22 de agosto de 2019 | Entre el 22 de agosto de 2019 y el 15 de septiembre de 2019, ambas fechas inclusive. | 17 días |
| Auto 34 del 7 de octubre de 2019 | Entre el 8 de octubre y el 11 de noviembre de 2019, ambas fechas inclusive | 22 días |
| Auto 36 del 12 de noviembre de 2019 | Entre el 13 y el 29 de noviembre de 2019, ambas fechas inclusive | 13 días |
| | TOTAL DÍAS HÁBILES SUSPENDIDOS | 120 días |

En consecuencia, según lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012, el término se extiende hasta el 8 de marzo de 2020.

Por lo anterior, la expedición del presente laudo es oportuna y se hace dentro del término consagrado en la ley.

II. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

1. LA DEMANDA ARBITRAL

La parte convocante formuló las siguientes pretensiones en la demanda arbitral reformada:

- “PRIMERA.** Declarar a la entidad demandada EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTA ESP responsable administrativamente por el incumplimiento del Contrato de Obra No. 1-01-33100 01025 2014, en particular en cuanto hace a NO DEFINIR EL ALCANCE DEL CONTRATO, especialmente en lo referido a establecer los tramos de las redes de alcantarillado sanitario y pluvial que se debían intervenir en el barrio Marsella, según la prioridad con que se iban a ejecutar y el método constructivo determinado por la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTA ESP y que se PODÍAN REALIZAR DE ACUERDO A LOS ÍTEMS Y ACTIVIDADES QUE TENÍAN PRECIOS UNITARIOS PACTADOS EN EL CONTRATO Y QUE NO INCLUÍAN EL MÉTODO SIN ZANJA.

SEGUNDA. Declarar la terminación del Contrato de Obra No. 1-01-33100 01025 2014 suscrito entre la entidad demandada EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTA ESP y el CONSORCIO MARSELLA habida cuenta que los incumplimientos de la

Contratante al NO DEFINIR EL ALCANCE DEL CONTRATO, especialmente en lo referido a establecer los tramos de las redes de alcantarillado sanitario y pluvial que se debían intervenir en el barrio Marsella, según la prioridad con que se iban a ejecutar y el método constructivo determinado por la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP y que se PODÍAN REALIZAR DE ACUERDO A LOS ÍTEMS Y ACTIVIDADES QUE TENÍAN PRECIOS UNITARIOS PACTADOS EN EL CONTRATO Y QUE NO INCLUÍAN EL MÉTODO SIN ZANJA, en realidad hacen IMPOSIBLE la ejecución de las obras del contrato.

TERCERA. *Declarar que debido al incumplimiento del Contrato de Obra No. 1-01-33100 01025 2014, por parte de la entidad demandada EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP, en particular en cuanto hace a NO DEFINIR EL ALCANCE DEL CONTRATO, especialmente en lo referido a establecer los tramos de las redes de alcantarillado sanitario y pluvial que se debían intervenir en el barrio Marsella, según la prioridad con que se iban a ejecutar y el método constructivo determinado por la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP y que se PODÍAN REALIZAR DE ACUERDO A LOS ÍTEMS Y ACTIVIDADES QUE TENÍAN PRECIOS UNITARIOS PACTADOS EN EL CONTRATO Y QUE NO INCLUÍAN EL MÉTODO SIN ZANJA, le ocasionó al CONSORCIO MARSELLA, como Contratista del Contrato de Obra No. 1-01-33100 01025 2014, sobrecostos y perjuicios que le deber ser indemnizados y pagados por parte de su Contratante, junto con sus actualizaciones y costos financieros.*

CUARTA. *Condenar a la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP a pagar en favor del contratista CONSORCIO MARSELLA por concepto de **SOBRE COSTOS Y PERJUICIOS CORRESPONDIENTES A COSTOS Y GASTOS DIRECTAMENTE RELACIONADOS CON EL PROYECTO Y NO RECUPERADOS** por la inejecución del Contrato de Obra No. 1-01-33100 01025 2014 generada por causas no imputables a él y que corresponden a los incumplimientos y negligencia del contratante al NO DEFINIR EL ALCANCE DEL CONTRATO, especialmente en lo referido a establecer los tramos de las redes de alcantarillado sanitario y pluvial que se debían intervenir en el barrio Marsella, según la prioridad con que se iban a ejecutar y el método constructivo determinado por la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP y que se PODÍAN REALIZAR DE ACUERDO A LOS ÍTEMS Y ACTIVIDADES QUE TENÍAN PRECIOS UNITARIOS PACTADOS EN EL CONTRATO QUE NO INCLUÍAN EL MÉTODO SIN ZANJA, con lo cual no se produjo por parte de la Contratante la oportuna y debida elaboración y entrega de los diseños a nivel de detalles de construcción y planos necesarios y en general la información técnica y de definición de las obras a construirse por el MÉTODO SIN ZANJA, asuntos indispensables para adelantar la ejecución de las actividades objeto del contrato., acaecida en el período comprendido desde el diez (10) de abril de dos mil quince (2015) fecha de entrega del anticipo contractual al Contratista de Obra, posterior al (26) de diciembre de dos mil catorce (2014), fecha de emisión de las garantías con las cuales el CONSORCIO MARSELLA perfecciona el contrato de obra No. 1-01-33100 01025 2014, incumplimiento que avanzó el veinticuatro (24) de agosto de dos mil quince (2015) cuando supuestamente la EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP definió el alcance de la construcción de las obras del contrato y se confirmó el día primero (01) de marzo de dos mil diecisiete (2017) por parte de la EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP cuando requiere pero la modificación del contrato necesaria para materializar el inicio de las obras contratadas, modificación al contrato que tampoco realizó jamás la Contratante y hasta la fecha, pues finalmente la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP NUNCA*

*cumplió con las obligaciones a su cargo que permitiesen siquiera suscribir el Acta de Inicio del contrato y menos aún ejecutarlo, es decir, por más de DOS (02) AÑOS y CUATRO (04) MESES, más del DOSCIENTOS OCHENTA POR CIENTO (280%) del plazo inicial del contrato, pactado en OCHO (8) MESES, la cual arroja un valor total de **OCHENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS MCTE (\$83.478.734).***

QUINTA. Condenar a la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP a pagar en favor del contratista CONSORCIO MARSELLA por concepto de **SOBRE COSTOS Y PERJUICIOS CORRESPONDIENTES A COSTOS Y GASTOS ADMINISTRATIVOS NO AMORTIZADOS** por la inejecución del Contrato de Obra No. 1-01-33100 01025 2014 generada por causas no imputables a él y que corresponden a los incumplimientos y negligencia del contratante al NO DEFINIR EL ALCANCE DEL CONTRATO, especialmente en lo referido a establecer los tramos de las redes de alcantarillado sanitario y pluvial que se debían intervenir en el barrio Marsella, según la prioridad con que se iban a ejecutar y el método constructivo determinado por la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP y que se PODÍAN REALIZAR DE ACUERDO A LOS ÍTEMS Y ACTIVIDADES QUE TENÍAN PRECIOS UNITARIOS PACTADOS EN EL CONTRATO QUE NO INCLUÍAN EL MÉTODO SIN ZANJA, con lo cual no se produjo por parte de la Contratante la oportuna y debida elaboración y entrega de los diseños a nivel de detalles de construcción y planos necesarios y en general la información técnica y de definición de las obras a construirse por el MÉTODO SIN ZANJA, asuntos indispensables para adelantar la ejecución de las actividades objeto del contrato., acaecida en el período comprendido desde el diez (10) de abril de dos mil quince (2015) fecha de entrega del anticipo contractual al Contratista de Obra, posterior al (26) de diciembre de dos mil catorce (2014), fecha de emisión de las garantías con las cuales el CONSORCIO MARSELLA perfecciona el contrato de obra No. 1-01-33100 01025 2014, incumplimiento que avanzó el veinticuatro (24) de agosto de dos mil quince (2015) cuando supuestamente la EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP definió el alcance de la construcción de las obras del contrato y se confirmó el día primero (01) de marzo de dos mil diecisiete (2017) por parte de la EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP cuando requiere pero la modificación del contrato necesaria para materializar el inicio de las obras contratadas, modificación al contrato que tampoco realizó jamás la Contratante y hasta la fecha, pues finalmente la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP NUNCA cumplió con las obligaciones a su cargo que permitiesen siquiera suscribir el Acta de Inicio del contrato y menos aún ejecutarlo, es decir, por más de DOS (02) AÑOS y CUATRO (04) MESES, más del DOSCIENTOS OCHENTA POR CIENTO (280%) del plazo inicial del contrato, pactado en OCHO (8) MESES, la cual arroja un valor total de **TRESCIENTOS DOCE MILLONES OCHOCIENTOS UN MIL QUINIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS MCTE (\$312.801.588).**

SEXTA. Condenar a la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP a pagar en favor del contratista CONSORCIO MARSELLA por concepto de **UTILIDAD DEJADA DE PERCIBIR** derivada de por la inejecución del Contrato de Obra No. 1-01-33100 01025 2014 generada por causas no imputables a él y que corresponden a los incumplimientos y negligencia del contratante al NO DEFINIR EL ALCANCE DEL CONTRATO, especialmente en lo referido a establecer los tramos de las redes de alcantarillado sanitario y pluvial que se debían intervenir en el barrio Marsella, según la prioridad con que se iban a ejecutar y el método constructivo determinado por la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO

DE BOGOTÁ ESP y que se PODÍAN REALIZAR DE ACUERDO A LOS ÍTEMS Y ACTIVIDADES QUE TENÍAN PRECIOS UNITARIOS PACTADOS EN EL CONTRATO QUE NO INCLUÍAN EL MÉTODO SIN ZANJA, con lo cual no se produjo por parte de la Contratante la oportuna y debida elaboración y entrega de los diseños a nivel de detalles de construcción y planos necesarios y en general la información técnica y de definición de las obras a construirse por el MÉTODO SIN ZANJA, asuntos indispensables para adelantar la ejecución de las actividades objeto del contrato., acaecida en el período comprendido desde el diez (10) de abril de dos mil quince (2015) fecha de entrega del anticipo contractual al Contratista de Obra, posterior al (26) de diciembre de dos mil catorce (2014), fecha de emisión de las garantías con las cuales el CONSORCIO MARSELLA perfecciona el contrato de obra No. 1-01-33100 01025 2014, incumplimiento que avanzó el veinticuatro (24) de agosto de dos mil quince (2015) cuando supuestamente la EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP definió el alcance de la construcción de las obras del contrato y se confirmó el día primero (01) de marzo de dos mil diecisiete (2017) por parte de la EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP cuando requiere pero la modificación del contrato necesaria para materializar el inicio de las obras contratadas, modificación al contrato que tampoco realizó jamás la Contratante y hasta la fecha, pues finalmente la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP NUNCA cumplió con las obligaciones a su cargo que permitiesen siquiera suscribir el Acta de Inicio del contrato y menos aún ejecutarlo, impidiendo al CONSORCIO MARSELLA alcanzar la utilidad contractual que equivale a la suma de **CIENTO QUINCE MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS MCTE. (\$115.852.442).**

SÉPTIMA. Declarar y disponer que la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP pague a favor del CONSORCIO MARSELLA el valor del **REAJUSTE O ACTUALIZACIÓN** de la totalidad de las cifras precedentes, desde la fecha en la cual se causaron y hasta la fecha de promulgación del laudo correspondiente, actualización a realizarse según los índices de precios al consumidor o según la fórmula que se definirá en el proceso.

OCTAVA. Declarar y disponer que la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP pague a favor del CONSORCIO MARSELLA, el valor de los **INTERESES MORATORIOS** de la totalidad de las cifras precedentes, desde la fecha en la cual se causaron y hasta la fecha de promulgación de la sentencia correspondiente, intereses calculados desde la fecha en la cual se causaron y hasta la fecha de promulgación de la sentencia, aplicando una y media veces la tasa de interés moratorio trimestral emitida por la Superintendencia Financiera, según la fórmula que se definirá en el proceso.

NOVEVA. Dados los evidentes incumplimientos de la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP que dan origen a los perjuicios sufridos por el CONSORCIO MARSELLA y su negligencia y negativa para solucionar estos inconvenientes y controversias, que se condene en costas y agencias en derecho a la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP."

Los hechos que sustentan las pretensiones se relatan pormenorizadamente en la demanda reformada visible a folios 445 y siguientes del Cuaderno Principal No. 1, y se transcriben, en lo pertinente, a continuación:

1. "(...) LA EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP, requirió realizar la "CONSTRUCCIÓN Y REHABILITACIÓN DE LOS SISTEMAS DE ALCANTARILLADO SANITARIO Y PLUVIAL DEL BARRIO MARSELLA DE LA ZONA 3 DE LA EAB FASE I" y para el efecto abrió el proceso de selección objetiva licitación pública No. ICSC-0680-2014.
2. Dentro del término establecido presentó su propuesta EL CONSORCIO MARSELLA.
3. Una vez surtido el proceso de evaluación (...) el Comité Evaluador (...) admitió la propuesta presentada por el CONSORCIO MARSELLA.
4. La Gerencia de la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP adjudicó el contrato de obra No. 1-01-33100 01025 2014, al CONSORCIO MARSELLA.
5. El día veintiséis (26) de diciembre de dos mil catorce (2014), se celebró entre la empresa de ACUEDUCTO AGUA, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ y el CONSORCIO MARSELLA el contrato de obra civil No. 1-01-33100 01025 2014 cuyo objeto es "CONSTRUCCIÓN Y REHABILITACIÓN DE LOS SISTEMAS DE ALCANTARILLADO SANITARIO Y PLUVIAL DEL BARRIO MARSELLA DE LA ZONA 3 DE LA EAB FASE I".
6. Una vez suscrito el contrato de obra (...), el (...) 26 de diciembre de (...) 2014, el CONSORCIO MARSELLA, constituyó la póliza de Seguro de Cumplimiento Particular No. 11-45-101046283, (...) con vigencia del veintiséis (26) de diciembre de dos mil catorce (2014) hasta el día veintiséis (26) de agosto de dos mil veinte (2020), (...) este mismo día se emite la constancia de no revocatoria ni cancelación por falta de pago de la prima (...).
7. El (...) 26 de diciembre de (...) 2014 el CONSORCIO MARSELLA, constituyó la póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual Derivada de Cumplimiento No. 11-40-101015266 (...), con vigencia desde el veintiséis (26) de diciembre de dos mil catorce (2014) hasta el día veintiséis (26) de diciembre de dos mil quince (2015) (...).
8. De conformidad con lo expresado en la CLÁUSULA TERCERA del contrato obra No. 1-01-33100 01025 2014, una vez perfeccionado el mismo, se pacto (sic) el valor del contrato en la suma de CUATRO MIL OCHOCIENTOS VEINTISIETE MILLONES TREINTA Y TRES MIL CIENTO TRECE PESOS MCTE (\$4.827.033.113) incluido el AIU.
9. De conformidad con lo estipulado en la CLÁUSULA OCTAVA (...) el plazo para la ejecución del contrato es el que se indicaba en los datos del contrato, el cual equivale a OCHO (08) MESES, el cual se empezaría (sic) a contar a partir de la fecha de suscripción del Acta de Iniciación.
10. El día diez (10) de abril de dos mil quince (2015) la EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP, le entregó al CONSORCIO MARSELLA el anticipo pactado en la CLÁUSULA QUINTA (...).
11. El día tres (03) de diciembre de dos mil quince (2015), mediante oficio (...) 2015EE1566 la (...) Subdirectora de la Administración Inmobiliaria y Espacio Público se dirige al CONSORCIO MARSELLA (...) a fin de informar que no se encuentra inconveniente alguno para el desarrollo de las obras siempre y cuando no se vea afectado el contrato de administración las cuales se encontraban en garantía (sic).
12. El día ocho (08) de marzo de dos mil quince (2015), mediante oficio número CE-

CM-001-15 el Representante Legal del CONSORCIO MARSELLA se dirige a la Interventoría (sic) RYR CONSULTORÍA E INGENIERIA S.A.S con asunto "Documentos previos a la iniciación del contrato", con el objeto de enviar la revisión previa de los documentos del asunto conforme al contrato.

13. El día catorce (14) de julio de dos mil quince (2015), mediante oficio número CE-MRS-1025-01 el representante legal del CONSORCIO MARSELLA, se dirige a la interventoría (sic) para presentar los rendimientos financieros de los meses de abril, mayo y junio.
14. El día cuatro (04) de agosto de dos mil quince (2015), mediante oficio No. CRR-006-2015 (...) la Interventoría (sic) RYR CONSULTORIA E INGENIERIA S.A.S solicita a la EMPRESA DE ACUEDUCTO, AGUA ASEO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ una reunión para conocer el estado del proyecto ya que hasta el momento, CASI UN AÑO DESPUÉS NO SE HA DEFINIDO EL ALCANCE DE LOS TRABAJOS A DESARROLLAR. (...)
15. El día dieciocho (18) de agosto de dos mil quince (2015), mediante Formato Ayuda de Memoria la EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP hace un balance general del estado del contrato informando los aspectos técnicos, sociales y ambientales que se han identificado para la construcción de las obras de rehabilitación previstas en el contrato y plantean la posibilidad de implementar tecnologías (sic) de renovación sin sanja (sic) abierta.
16. El día veinticuatro (24) de agosto de dos mil quince (2015), mediante Formato Ayuda de Memoria la EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP hace entrega de los documentos técnicos que definen el alcance del contrato de obra. Oficio efectivamente emitido por parte de la entidad Contratante, (...) y donde hizo entrega de unos documentos que se SUPONIA CONTENIAN LOS ALCANCES DEFINITIVOS DEL CONTRATO, sin embargo, al revisar dichos documentos (...) NO CONSTITUTIAN EL ALCANCE DE LA EJECUCION DEL CONTRATO, por el contrario, dichos documentos modificaban por completo el método constructivo pasando de ZANJA ABIERTA a SIN ZANJA, cambio SUSTANCIAL del contrato pues implica la definición y aprobación de muchos ítems contractuales, los cuales NO FORMAN PARTE ni siquiera HOY del Contrato de Obra Civil No. 1-01-33100 01025 2014 y como se comprenderá, HACIENDO IMPOSIBLE LA EJECUCIÓN del contrato pues obviamente nada puede realizarse si ni siquiera forma parte del contrato en cita, De los mismos documentos entregados por la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P., (...) evidencia como tres de los seis tramos inicialmente pactados, se modifican pasando de ser construidos por el método de ZANJA ABIERTA a método de rehabilitación con tecnología SIN ZANJA; pero debe tenerse en cuenta además que estos tres tramos a construirse por el método SIN ZANJA que todavía no se había contratado, constituyen en longitudes totales de tuberías 1.966 metros, mientras los otros tres tramos a construirse por el método de ZANJA ABIERTA en longitud alcanzan apenas 181 metros, es decir que las tuberías a construirse por el método NO CONTRATADO SIN ZANJA, (...) representan en longitud el (...) 91.57% del Contrato de Obra No. 1-01-33100 01025 2014.
17. El día dos (02) de septiembre de dos mil quince (2015), mediante Formato Ayuda de Memoria el contratista (...) informa de los avances en las actividades preliminares de licencia de excavación, junto con los planes de manejo de tráfico, permiso de ocupación de cauce, permiso de tala de arboles, elaboración de plan de calidad y cotización de actividades no previstas en el contrato.
18. El día quince (15) de septiembre de dos mil quince (2015), mediante oficio número CE-MRS-1025-04 el (...) Representante Legal del CONSORCIO MARSELLA se dirige a la interventoría (...), con el fin de remitir la copia del recibo

de pago No. 09911422064-8 de los rendimientos financieros del anticipo (...).

19. El (...) 22 de septiembre de dos mil quince (2015), mediante oficio número CE-MRS-1025-05 el (...) Representante Legal del CONSORCIO MARSELLA se dirige a la interventoría (...) con el fin de informar sobre los rendimientos financieros del mes de agosto de dos mil quince (2015).
20. El día diez (10) de noviembre de dos mil quince (2015), mediante oficio No. CE-MRS-1025-08 el (...) Representante Legal del CONSORCIO MARSELLA se dirige a LA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ, con el fin de informar una posible afectación de las redes del mismo y solicita se haga una visita técnica al sitio y un acompañamiento en la obra para evitar inconvenientes.
21. El día diez (10) de noviembre de dos mil quince (2015), mediante oficio No. CE-MRS-1025-09 el (...) Representante Legal del CONSORCIO MARSELLA se dirige a la empresa de GAS NATURAL, con el fin de informar una posible afectación de las redes del mismo y solicita se haga una visita técnica al sitio y un acompañamiento en la obra para evitar inconvenientes.
22. El día diez (10) de noviembre de dos mil quince (2015), mediante oficio No. CE-MRS-1025-10 el (...) Representante Legal del CONSORCIO MARSELLA se dirige a la empresa eléctrica (sic) CODENSA, con el fin de informar una posible afectación de las redes del mismo y solicita se haga una visita técnica al sitio y un acompañamiento en la obra para evitar inconvenientes.
23. El día diez (10) de noviembre de dos mil quince (2015), mediante oficio No. CE-MRS-1025-11 el (...) Representante Legal del CONSORCIO MARSELLA se dirige a la JUNTA DE ACCIÓN COMUNAL DEL BARRIO MARSELLA, con el fin de informar una posible afectación de las redes del mismo y solicita se haga una visita técnica al sitio y un acompañamiento en la obra para evitar inconvenientes.
24. El día once (11) de noviembre de dos mil quince (2015), mediante oficio No. CE-MRS-1025-12 el (...) Representante Legal del CONSORCIO MARSELLA se dirige a la empresa DADEP, con el objeto de informar que en la ejecución de la obra se podrían (sic) evidenciar algunas afectaciones en las zonas verdes y canchas deportivas del parque del barrio Marsella, razón por la cual solicitaban la aprobación para realizar dichas labores.
25. El día once (11) de noviembre de dos mil quince (2015), mediante oficio No. CE-MRS-1025-13 el (...) Representante Legal del CONSORCIO MARSELLA se dirige al IDRD, con el objeto de informar que en la ejecución de la obra se podrían evidenciar algunas afectaciones en las zonas verdes y canchas deportivas del parque del barrio Marsella, razón por la cual solicitaban la aprobación para realizar dichas labores.
26. El día diecisiete (17) de noviembre de dos mil quince (2015), mediante oficio No. CE-MRS-1025-15 el (...) Representante Legal del CONSORCIO MARSELLA se dirige a la interventoría RYR CONSULTORIA E INGENIERIA S.A.S, con el objeto de presentar los rendimientos financieros correspondientes al mes de octubre de dos mil quince (2015).
27. El día veintitrés (23) de noviembre de dos mil quince (2015), mediante oficio con número 10150214-0591- 15 el (...) delegado de GAS NATURAL FENOSA informa al CONSORCIO MARSELLA el nombramiento del delegado para el acompañamiento del contrato de obra No. 1-01-33100-01025-2014.
28. El día veinticinco (25) de noviembre de dos mil quince (2015), mediante oficio número CE-MRS-1025-15 el (...) Representante Legal del CONSORCIO MARSELLA se dirige a IDECA, con el objeto de informar que en la ejecución de

la obra se podrian (sic) evidenciar algunas afectaciones en las zonas que son importantes para la verificación de redes, razón por la cual solicitaban la aprobación para realizar dichas labores.

29. *El día tres (03) de diciembre de dos mil quince (2015), mediante oficio con número de radicado IDR No. 20154100156211 la ALCALDIA MAYOR DE BOGOTA se dirige al (...) representante legal del CONSORCIO MARSELLA, informando que una vez sea obtenida la licencia es necesario que se coordine el inicio de las mismas con el fin de designar el profesional que debia (sic) realizar las actas de vecindad.*
30. *El día siete (07) de diciembre de dos mil quince (2015), mediante oficio número CE-MRS-1025-16 el (...) Representante Legal del CONSORCIO MARSELLA se dirige a la empresa CONEXIÓN DIGITAL EXPRESS, con el objeto de solicitar un acompañamiento en la obra teniendo en cuenta las posibles afectaciones que se podrian (sic) presentar a sus redes.*
31. *El día siete (07) de diciembre de dos mil quince (2015), mediante oficio número CE-MRS-1025-17 el (...) Representante Legal del CONSORCIO MARSELLA se dirige a la empresa TV CABLE COLOMBIA S.A.S, con el objeto de solicitar el acompañamiento en la obra para evitar cualquier inconveniente o posible afectación en sus redes.*
32. *El día siete (07) de diciembre de dos mil quince (2015), mediante oficio número CE-MRS-1025-20 el (...) Representante Legal del CONSORCIO MARSELLA se dirige a la empresa ABC INGENIERIA DE SERVICIOS, con el objeto de solicitar el acompañamiento en la obra para evitar cualquier inconveniente o posible afectación en sus redes.*
33. *El día siete (07) de diciembre de dos mil quince (2015), mediante oficio número CE-MRS-1025-21 el (...) Representante Legal del CONSORCIO MARSELLA se dirige a LA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES UNE, con el objeto de solicitar el acompañamiento en la obra para evitar cualquier inconveniente o posible afectación en sus redes.*
34. *El día catorce (14) de diciembre de dos mil quince (2015), mediante oficio número CE-MRS-1025-22 el (...) Representante Legal del CONSORCIO MARSELLA se dirige a la interventoría (...), con el fin de dar a conocer los estados financieros de los meses de agosto, septiembre y octubre del año dos mil quince (2015).*
35. *El día diecisiete (17) de diciembre de dos mil quince (2015), mediante oficio con número de radicado No. 2015EE64854 (...) la ALCADIA MAYOR DE BOGOTÁ D.C se dirige a el contratista CONSORCIO MARSELLA dando respuesta a la solicitud hecha anteriormente por el mismo, en el cual se manifiesta la total dispocision (sic) para colaborar en los aspectos atinentes al objeto del asunto, siempre y cuando se encuentren facultados para hacerlo pero que en este caso en particular no se encuentra bajo su competencia, ya que debido a las políticas internas esta información solo la puede solicitar la entidad del distrito responsable, en este caso la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP.*
36. *El día diecisiete (17) de diciembre de dos mil quince (2015), mediante oficio No. 01-70-17-12-2015-00343232 (...) La empresa TIGO - UNE hace envío a la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO y ASEO DE BOGOTÁ ESP del plano con la información de las redes existentes en las zonas de intervención del proyecto.*
37. *El día veintitrés (sic) (23) de diciembre de dos mil quince (2015), mediante oficio número CE-MRS-1025-23 el (...) Representante Legal del CONSORCIO*

MARSELLA se dirige a la interventoría del contrato RYR CONSULTORÍA E INGENIERÍA S.A.S, con el fin de hacer entrega de los estados financieros del mes de noviembre de dos mil quince (2015) por un valor de DOS MILLONES CIENTO OCHENTA MIL TREINTA Y CUATRO PESOS CON CUARENTA Y CINCO CENTAVOS (\$2.180.034,45).

38. El día diecinueve (19) de enero de dos mil dieciséis (2016), mediante oficio con número de radicado No. 2016EE10553 (...) la SUBDIRECCIÓN DE CONTROL AMBIENTAL AL SECTOR PÚBLICO (e), le solicita a la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO y ASEO DE BOGOTÁ ESP otros requisitos para otorgar el permiso de ocupación de cauce.
39. El día veinticuatro (24) de enero de dos mil dieciséis (2016), mediante oficio número CE-MRS-1025-24 el (...) Representante Legal del CONSORCIO MARSELLA se dirige a la interventoría, con el objeto de presentar los rendimientos financieros correspondientes al mes de diciembre de dos mil quince (2015).
40. El día veinticinco (25) de enero de dos mil dieciséis (2016), mediante oficio número CE-MRS-1025-25 el (...) Representante Legal del CONSORCIO MARSELLA se dirige al INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU, con el fin de solicitar la licencia de excavación, dejando presente que la solicitud es adicional a la Resolución No. 62425/15 del IDU (...).
41. El día primero (01) de febrero de dos mil dieciséis (2016), mediante oficio número CE-MRS-1025-28 el (...) Representante Legal del CONSORCIO MARSELLA se dirige a la interventoría RYR CONSULTORÍA E INGENIERÍA S.A.S, en el que se informa sobre los estudios realizados por el contratista, y “se adjuntan cuatro (04) nuevos planos topográficos en los cuales se incorporan los tramos a ejecutar y los nuevos diseños de los cuales permitieron realizar tramites ante las entidades distritales y determinar las obras a ejecutar”. Se precisa que estos planos y diseños corresponden a las obras a construirse por el MÉTODO SIN ZANJA, que NO son los mismos iniciales del contrato y resultan indispensables para adelantar la ejecución del proyecto objeto del proyecto.
42. El día primero (01) de febrero de dos mil dieciséis (2016), se suscribió oficio con número No. CE-MRS-1025-26 (...) por medio de cual el contratista CONSORCIO MARSELLA se dirige a la interventoría (...) para presentar la evaluación de los análisis de precios unitarios – APU – de diversas actividades a desarrollarse dentro del contrato de la referencia (...).
43. El día primero (01) de febrero de dos mil dieciséis (2016), se suscribió oficio con número No. CE-MRS-1025-27 (...) por medio del cual el contratista (...) se dirige a la interventoría (...) citando el oficio del asunto, donde se relacionaban algunos documentos previos esenciales conforme al contrato para el inicio de las obras, dejando claro en esa oportunidad, que varios de dichos documentos no estaban diligenciados totalmente, pues su elaboración dependía de saber qué se iba a realizar y cuándo, situación que a la fecha después de muchos estudios, reuniones, juntas y demás no se ha determinado.
44. El (...) 1 de febrero de (...) 2016, se suscribió oficio con número No. CE-MRS-1025-29 (...) por medio del cual el contratista CONSORCIO MARSELLA se dirige a la interventoría (...) para hacer entrega de cuatro (04) diferentes alternativas de rehabilitación de redes de alcantarillado con la tecnología sin zanja (CIPP), para su respectivo análisis y evaluación.
45. El día dos (02) de febrero de dos mil dieciséis (2016), mediante oficio número CE-MRS-1025-30 el (...) Representante Legal del CONSORCIO MARSELLA se dirige a la interventoría (...), con el fin de presentar una lista de algunos

inconvenientes que para el momento ya se venían presentando y con ella una evaluación de costos de la rehabilitación del alcantarillado sanitario de la paralela de la Av de las Américas o Calle 6 entre Carreras 69 F y 71 del Barrio Marsella.

46. *El día cuatro (04) de febrero de dos mil dieciséis (2016), el BANCO BBVA certifica que el rendimiento generado en el mes de diciembre de dos mil quince (2015) corresponden a la cifra de (...) \$2.713.268.61 (...).*
47. *El día dieciséis (16) de febrero de dos mil dieciséis (2016), mediante oficio No. 33330-2016-0187 (...) la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP se dirige al IDU, para solicitar su colaboración para que se expida en el menor tiempo posible la licencia de excavación con el propósito de dar inicio a las obras (...).*
48. *El (...) 17 de febrero de (...) 2016, mediante oficio número CE-MRS-1025-33 el (...) Representante Legal del CONSORCIO MARSELLA se dirige a la interventoría (...), para entregar un informe del rendimiento (sic) financiero del mes de enero de dos mil dieciséis (2016).*
49. *El día diecinueve (19) de febrero de dos mil dieciséis (2016), mediante oficio número CRR-016-2014 la (...) Representante Legal de la interventoría (...) se dirige al contratista (...) para entregar los rendimientos financieros correspondientes al mes de diciembre de dos mil quince (2015) (...).*
50. *El día diecinueve (19) de febrero de dos mil dieciséis (2016), La Alcaldía de Bogotá en respuesta a la solicitud hecha por el CONSORCIO MARSELLA "SOLICITUD DE EXCAVACIÓN" procede a notificar electrónicamente (sic), (...) la resolución No. 2551 de 2016 por la cual se concede la licencia de excavación No. 061 DE 2016 al CONSORCIO MARSELLA.*
51. *El día veinticuatro (24) de febrero de dos mil dieciséis (2016), mediante oficio número No. CE-MRS-1025-34 (...) el CONSORCIO MARSELLA se dirige a la interventoría (sic) (...) dando respuesta al correo electrónico que fue enviado al contratista respecto a la segunda revisión del asunto, (...).*
52. *El día cuatro (04) de marzo de dos mil dieciséis (2016), mediante oficio No. CRR-017-2014 (...) la interventoría (sic) solicita al contratante EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP que tome las decisiones pertinentes que permitan darle ejecución al contrato de obra civil No. 1-01-33100, ya que hasta el momento no se habría firmado ni siquiera su correspondiente Acta de Inicio (...).*
53. *El día dieciséis (16) de marzo de dos mil dieciséis (2016), mediante oficio número CE-MRS-1025-37 el (...) Representante Legal del CONSORCIO MARSELLA se dirige a la interventoría (...), para entregar un informe del rendimiento financiero del mes de febrero de dos mil dieciséis (2016).*
54. *El día diecisiete (17) de marzo de dos mil dieciséis (2016), mediante oficio No. CE-MRS-1025-38 (...) el contratista CONSORCIO MARSELLA hace entrega del plan de gestión social en obra y el sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo del contrato para que sea revisado y aprobado por la interventoría (...).*
55. *El (...) 17 de marzo de (...) 2016, mediante oficio No. CE-MRS-1025-39 (...) el contratista (...) remite Acta de Modificación conforme al nuevo formato entregado por la interventoría, con precios contractuales y actualizados según el listado SAI.*
56. *El día veintiocho (28) de marzo de dos mil dieciséis (2016), mediante oficio No. CE-MRS-1025-40 (...) el contratista (...) solicita nuevamente la respuesta y aprobación de los ajustes APU y del acta de modificación del contrato de*

referencia los cuales servirían de base para determinar los valores disponibles para realizar finalmente las obras del CIPP.

57. *El día cuatro (04) de abril de dos mil dieciséis (2016), mediante oficio No. CRR-020-2014 (...) la interventoría (...) se dirige (sic) al contratista (...), con el fin de hacer revisión de conceptos del contrato necesarios para presentar la metodología de trabajo a desarrollar en la actividad, la programación de obra y la cantidad de personal propuesto en la metodología de trabajo, documentos que serían enviados al contratante, con el fin de suscribir el Acta de Modificación que sería necesaria para lograr iniciar el proyecto.*
58. *El día doce (12) de abril de dos mil dieciséis (2016), mediante oficio número CE-MRS-1025-41 el (...) Representante Legal del CONSORCIO MARSELLA se dirige a la interventoría (...), con el fin de realizar algunas observaciones para poder realizar el Acta de Modificación de Memorias de Cálculo.*
59. *El día quince (15) de abril de dos mil dieciséis (2016), mediante oficio número CE-MRS-1025-42 el (...) Representante Legal del CONSORCIO MARSELLA se dirige a la interventoría (...) para entregar copia de la consignación de los cheques de los rendimientos financieros de los meses de noviembre, diciembre de dos mil quince (2015), enero y febrero de (...) 2016.*
60. *El día primero (01) de junio de dos mil dieciséis (2016), mediante oficio número CE-MRS-1025-44 el (...) Representante Legal del CONSORCIO MARSELLA se dirige a la interventoría (...), para hacer entrega de los rendimientos financieros correspondientes al mes de abril del año de dos mil dieciséis (2016) (...).*
61. *El día catorce (14) de junio de dos mil dieciséis (2016), mediante oficio número CE-MRS-1025-45 el (...) Representante Legal del CONSORCIO MARSELLA se dirige a la interventoría (...), para hacer entrega de los rendimientos financieros correspondientes al mes de mayo del año de dos mil dieciséis (2016) (...).*
62. *El día veintitrés (sic) (23) de junio de dos mil dieciséis (2016), mediante Memorando Interno con número 24200-2016-3549 el (...) Director de Saneamiento Ambiental del ACUEDUCTO DE AGUA ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ se dirige al (...) encargado de la Dirección y Servicio del Acueducto y Alcantarillado ZONA 3, con el fin de informar que LA SECRETARIA DISTRITAL DE AMBIENTE autorizó mediante (sic) resolución No. 00646 del veintinueve (29) de mayo de dos mil dieciséis (2016) el Permiso de Ocupación de Cauce – POC requerida para la ejecución del proyecto.*
63. *Mediante Resolución No. 00732 del quince (15) de junio de dos mil dieciséis (2016), el Director de Control Ambiental de la SECRETARIA DISTRITAL DE AMBIENTE Otorga Permiso de Ocupación de Cauce para el desarrollo del proyecto denominado “CONSTRUCCIÓN Y REHABILITACIÓN DE LOS SISTEMAS DE ALCANTARILLADO SANITARIO Y PLUVIAL DEL BARRIO MARSELLA DE LA ZONA 3 DE LA EAB. FASE I”.*
64. *El día primero (01) de agosto de dos mil dieciséis (2016), mediante oficio número CE-MRS-1025-46 el (...) Representante Legal del CONSORCIO MARSELLA se dirige a la interventoría (...) para remitir las consignaciones hechas al Banco Popular por concepto de rendimientos financieros correspondientes al mes de marzo, abril y mayo del dos mil dieciséis (2016).*
65. *El día primero (01) de agosto de dos mil dieciséis (2016), mediante oficio número CE-MRS-1025-47 el (...) Representante Legal del CONSORCIO MARSELLA se dirige a la interventoría (...), para hacer entrega de los rendimientos financieros correspondientes al mes de junio del año de dos mil dieciséis (2016) (...).*

66. *Mediante resolución No. 01110 la ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ, de fecha tres (03) de agosto de dos mil dieciséis (2016) informa que mediante Auto No. 00511 del dos (02) de mayo de dos mil dieciséis (2016) se inicia el trámite administrativo ambiental para el permiso y/o autorización a favor de LA EMPRESA DE ACUEDUCTO AGUA Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ EAAB – ESP, y finalmente se autoriza los tratamientos silviculturales en espacio publico.*
67. *El día nueve (09) de agosto de dos mil dieciséis (2016), mediante oficio número CE-MRS-1025-47 (...) el (...) Representante Legal del CONSORCIO MARSELLA se dirige a la interventoría (...) solicita que se gestione ante la EAB los trámites necesarios para realizar el Acta de Modificación al presente contrato (...), y se define utilizar la tecnología (sic) sin zanja para tal fin se adjuntan los correspondientes anexos (...)*
68. *El día treinta (30) de agosto de dos mil dieciséis (2016), mediante oficio número CE-MRS-1025-48 el (...) Representante Legal del CONSORCIO MARSELLA se dirige a la interventoría (...), para hacer entrega de los rendimientos financieros correspondientes al mes de julio del año de dos mil dieciséis (2016) (...).*
69. *El día trece (13) de octubre de dos mil dieciséis (2016), mediante oficio número CE-MRS-1025-49 el (...) Representante Legal del CONSORCIO MARSELLA se dirige a la interventoría (...) para hacer entrega de los rendimientos financieros correspondientes a los meses de agosto y septiembre del año de dos mil dieciséis (2016) (...).*
70. *El día treinta y uno (31) de octubre de dos mil dieciséis (2016), mediante oficio No. CE-MRS-1025-47 (...) el contratista (...) se dirige al contratante (...) para solicitar adelantar todas las acciones que sean pertinentes para determinar el alcance definitivo, posible de realizarse según los precios pactados en el contrato y las obras que finalmente deben realizarse, y así lograr el reconocimiento y pago de los perjuicios y sobrecostos que los incumplimientos (sic) de la Contratante le causaron al CONSORCIO MARSELLA, desde la adjudicación del contrato y hasta la fecha. Se recuerda que la situación (sic) de incumplimiento (...) se hizo evidente el día veinticuatro (24) de agosto de dos mil quince (2015), cuando aunque la Contratante entregó un oficio contentivo de seis tramos de redes de alcantarillado a intervenir en el contrato, en realidad NO DEFINIÓ EL ALCANCE DEL CONTRATO, especialmente en lo referido a establecer los tramos de las redes de alcantarillado sanitario y pluvial que se debían intervenir en el barrio Marsella, según la prioridad con que se iban a ejecutar y el método constructivo determinado por la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTA ESP y que se PODÍAN REALIZAR DE ACUERDO A LOS ÍTEMS Y ACTIVIDADES QUE TENÍAN PRECIOS UNITARIOS PACTADOS EN EL CONTRATO QUE NO INCLUÍAN EL MÉTODO SIN ZANJA, actividades y precios unitarios para el MÉTODO SIN ZANJA que jamás se pactaron y menos todavía se incorporaron al Contrato de Obra No. 1-01-33100 01025 2014.*
71. *El día trece (13) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), mediante oficio No. CE-MRS-1025-53 (...) el contratista (...) se dirige al contratante (...) solicitando nuevamente sea entregada la aprobación de los valores del contrato en mención para poder iniciar las obras en su totalidad en el año dos mil diecisiete (2017).*
72. *El día dieciocho (18) de noviembre de dos mil dieciséis (2016), mediante oficio número CE-MRS-1025-51 el (...) Representante Legal del CONSORCIO MARSELLA se dirige a LA EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ, con el objeto de solicitar su colaboración para poder consignar los rendimientos financieros, ya que el Banco Agrario y Av Villas se habían (sic) negado a recibir dichas consignaciones por existir una diferencia (sic) entre el valor del cheque y la consignación.*

73. El día cinco (05) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), mediante oficio número CE-MRS-1025-52 el (...) Representante Legal del CONSORCIO MARSELLA se dirige a la interventoría (...), para hacer entrega de los rendimientos financieros correspondientes al mes de octubre del año de dos mil dieciséis (2016) (...).
74. El día primero (01) de marzo de dos mil diecisiete (2017), mediante oficio numero 33330-2017-00141 (...) el gerente corporativo de servicio al cliente (...) se dirige al (...) Representante Legal del CONSORCIO MARSELLA, con el objeto de que sea presentado los documentos de modificación del contrato, con el objeto de procurar el reconocimiento y pago de los perjuicios y sobrecostos que los incumplimientos (sic) de la Contratante le causaron al CONSORCIO MARSELLA, desde la adjudicación del contrato y hasta la fecha y “para reestablecer el equilibrio económico del contrato de obra se deberá aplicar la metodología de adecuación de precios con base en el IPC(...) y/o con base en el IPP (...), metodologías que tradicionalmente ha aplicado la EAB – ESP para casos similares. Desde el punto de vista legal no es viable la revisión de precios del contrato para reestablecer el equilibrio económico (sic), utilizando para tal fin los precios oficiales vigentes del Sistema de Avalúo de Infraestructura (SAI) de la empresa”.
75. El día catorce (14) de marzo de dos mil diecisiete (2017), mediante oficio numero 33330-2017-00317 (...) el Gerente Zona 3 (...) precisa “el alcance del contrato fue definido en reunión realizada en las instalaciones de la EAB – ESP el 24 de agosto de 2015, en la que se estableció el orden de prioridad de las obras que se deben ejecutar en el presente contrato. Este alcance y orden de prioridad se mantiene, solamente deben incorporarse los cambios de relocalización y redefinición del procedimiento de construcción de la red de alcantarillado sanitario existente en la calle 6ª, entre carreras 69 y 71C, como se indica en el oficio dirigido (sic) al Contratista de Obra. El alcance general del contrato de obra fue entregado en la fecha Indicada tanto al contratista (...) como a la interventoría (sic) (...)”, “En nuestra comunicación S-2017-043317 dirigida al Consorcio Marsella se define la metodoligia (sic) que se debe adelantar para actualizar los precios del contrato y garantizar el equilibrio económico del contrato de obra, dados los retrasos en el inicio de las obras con respecto a la fecha de firma del contrato de obra”, “Es importante que la interventoría promueva las reuniones técnicas necesarias (sic) para discutir con el contratista y la empresa los detalles de las decisiones adoptadas y comunicadas tanto al contratista como a la interventoría a través del presente comunicado, especialmente para determinar aquellas actividades que se deben adelantar para incorporar la relocalización y redefinición del procedimiento de construcción de la red de alcantarillado sanitario existente en la calle 6A, entre carreras 69 y 71C, y su continuidad hasta el interceptor izquierdo del río Fucha”. (...)
77. El día veintisiete (27) de marzo de dos mil diecisiete (2017), mediante oficio numero CE-MRS-1025-63 (...) el (...) representante legal del CONSORCIO MARSELLA se dirige a LA EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP, (...) para procurar el reconocimiento y pago de los perjuicios y sobrecostos que los incumplimientos (sic) (...) de la Contratante le causaron al CONSORCIO MARSELLA, desde la adjudicación del contrato y hasta la fecha.
78. El día veintidós (sic) (22) de mayo de dos mil diecisiete (2017), mediante oficio numero CE-MRS-1025-69 el (...) representante legal del CONSORCIO MARSELLA se dirige a LA EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP, (...) para procurar el reconocimiento y pago de los perjuicios y sobrecostos (...).”

2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Según se relató en el capítulo de antecedentes, la convocada dio oportuna contestación a la demanda reformada, aceptando algunos hechos y negando otros, y formuló las siguientes excepciones:

“PRIMERA EXCEPCIÓN: CADUCIDAD DE LA ACCIÓN”

“SEGUNDA EXCEPCION: LOS RIESGOS DE LOS DISEÑOS LOS ASUMIÓ EL CONTRATISTA”

“TERCERA EXCEPCIÓN: EL CONTRATISTA CONOCIÓ DEL ALCANCE DEL CONTRATO DESDE ANTES DE PRESENTAR SU OFERTA POR LO TANTO AL NO INICIAR ESTÁ INCUMPLIENDO EL CONTRATO. EXISTE MORA POR PARTE DEL CONTRATISTA.”

“CUARTA EXCEPCION: INCUMPLIMIENTO GRAVE, CULPOSO Y PREVIO DEL CONTRATISTA CONVOCANTE.”

“EXCEPCIÓN GENÉRICA EN CUANTO FAVOREZCA A MI REPRESENTADA Y QUE SEA DEL RESORTE DEL JUEZ, PARA PROCEDER A DECLARARLA O DECLARARLAS.”

3. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

En la demanda de reconvención reformada, la EAAB formuló las siguientes pretensiones:

“PRETENSIONES PRINCIPALES

1. Se declare que el CONSORCIO MARSELLA incumplió el contrato 1-01-33100-01025-2014.

2. Como consecuencia de la anterior declaración se condene al CONSORCIO MARSELLA a pagar a la EAAB ESP los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato equivalente a la totalidad de la cláusula penal pecuniaria pactada por incumplimiento del contrato es decir la suma de CUATROCIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS TRES MIL TRESCIENTOS ONCE PESOS (\$482'703.311) M/cte.

3. Se condene a la demandada en reconvención al reconocimiento y pago de los intereses compensatorios sobre la suma anterior desde el perfeccionamiento del contrato hasta la fecha de proferirse el Laudo arbitral a la tasa de interés bancario corriente certificada por la Superintendencia Financiera equivalentes a la suma de CIENTO SETENTA Y TRES MILLONES CIENTO NOVENTA Y UN MIL PESOS (\$173.191.000) por concepto de intereses compensatorios hasta la fecha de presentación de la presente demanda.

4. Que se condene a la demandada al pago de los intereses moratorios a partir de la ejecutoria del laudo hasta el pago efectivo y total de la condena a la tasa

máxima de interés moratoria certificada por la Superintendencia Financiera en atención a lo dispuesto en el artículo 884 del Código de Comercio, en concordancia con lo señalado en los artículos 11.2.5.1.2 y 11.2.5.1.3 del Decreto 2555 de 2010, sin exceder 1.5 veces el Interés Bancario Corriente.

5. Que se condene a la demandada en reconvención al pago de las costas del proceso.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

1. Que se declare la resolución del contrato 1-01-33100-01025-2014 por incumplimiento del contratista CONSORCIO MARSELLA conforme al artículo 1546 del Código Civil.

2. Como consecuencia de la anterior declaración se condene al CONSORCIO MARSELLA a pagar a la EAAB ESP los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato equivalente a la totalidad de la cláusula penal pecuniaria pactada por incumplimiento del contrato es decir la suma de CUATROCIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES SETECIENTOS TRES MIL TRESCIENTOS ONCE PESOS (\$482'703.311) M/cte.

3. Se condene a la demandada en reconvención al reconocimiento y pago de los intereses compensatorios sobre la suma anterior desde el perfeccionamiento del contrato hasta la fecha de proferirse el Laudo arbitral a la tasa de interés bancario corriente certificada por la Superintendencia Financiera equivalentes a la suma de CIENTO SETENTA Y TRES MILLONES CIENTO NOVENTA Y UN MIL PESOS (\$173.191.000) por concepto de intereses compensatorios hasta la fecha de presentación de la presente demanda.

4. Que se condene a la demandada al pago sobre la suma anterior de los intereses moratorios a partir de la ejecutoria del laudo hasta el pago efectivo y total de la condena a la tasa máxima de interés moratoria certificada por la Superintendencia Financiera en atención a lo dispuesto en el artículo 884 del Código de Comercio, en concordancia con lo señalado en los artículos 11.2.5.1.2 y 11.2.5.1.3 del Decreto 2555 de 2010, sin exceder 1.5 veces el Interés Bancario Corriente.

5. Que se condene a la demandada en reconvención al pago de las costas del proceso"

Los hechos invocados en la demanda de reconvención reformada que sustentan las pretensiones anteriormente transcritas se relatan pormenorizadamente a folios 636 y siguientes del Cuaderno Principal No. 1 y se transcriben, en lo pertinente, a continuación:

1. LA EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP, requirió realizar la "CONSTRUCCIÓN Y REHABILITACIÓN DE LOS SISTEMAS DE ALCANTARILLADO SANITARIO Y PLUVIAL DEL BARRIO MARSELLA DE LA ZONA 3 DE LA EAB FASE I" y para el efecto abrió el proceso de selección objetiva licitación pública No. ICSC-0680-2014.

2. En la Carta de Presentación de la Oferta, Anexo 2, con fecha 31 de octubre de 2014, (...) indicó lo siguiente: "1. Que Conozco las condiciones y términos de la presente invitación, sus anexos, minuta, modificaciones e informaciones sobre preguntas y respuestas, así como de los demás documentos relacionados con los trabajos y acepto cumplir con los requisitos en ellos exigidos por el ACUEDUCTO DE BOGOTÁ. Por lo tanto, conocí y tuve las oportunidades

establecidas para solicitar aclaraciones, formular objeciones, efectuar preguntas y obtener respuestas a mis inquietudes. 2. De igual forma manifiesto que acepto las consecuencias que se deriven del incumplimiento de los requisitos a que se refiere el numeral anterior...9. Que conozco detalladamente, en terreno y por la información de las autoridades competentes los sitios en los que debo desarrollar el objeto a contratar sus características, accesos, entorno socio económico, condiciones climatológicas, geotécnicas, geológicas y que he tenido en cuenta este conocimiento para la elaboración de la oferta y en consecuencia asumo los efectos de esta declaración. 10. Igualmente declaro bajo la gravedad del juramento que toda la información aportada corresponde a los documentos y formularios jurídicos, financieros, técnicos y económicos es veraz y susceptible de comprobación...13. Que cuento con la capacidad suficiente para ejecutar el contrato que resulte de la presente invitación. 14. Igualmente me permito indicar que, en caso de resultar favorecido con la adjudicación, me comprometo a constituir la (s) garantía (s) señaladas en las condiciones y términos de la invitación, y cumpliré con las obligaciones previstas en los mismos...16. Para calcular el precio ofrecido, hacemos calculado todos los gastos, costos directos e indirectos, derechos, impuestos, tasas y demás contribuciones que se cause con la presentación de la oferta, suscripción y ejecución del contrato, de acuerdo con las normas legales vigentes, ya que los mismo se entienden y se asumen por cuenta nuestra"

3. El alcance del contrato está definido dentro del Contrato No. 1-01-33100-0125-2014, en la "CLAUSULA SEGUNDA: ALCANCE DEL CONTRATO: El contrato a desarrollar tiene como especificaciones técnicas, descripción, alcance del proyecto, localización, área de influencia, actividades establecidas en los estudios previos, en las condiciones y términos de la invitación, documentos que forman parte integral de este contrato, y que el contratista ha consultado previamente"

4. El día veintiséis (26) de diciembre de dos mil catorce (2014), se celebró entre la empresa de ACUEDUCTO AGUA, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ y el CONSORCIO MARSELLA el contrato de obra civil No. 1-01-33100 01025 2014 cuyo objeto es "CONSTRUCCIÓN Y REHABILITACIÓN DE LOS SISTEMAS DE ALCANTARILLADO SANITARIO Y PLUVIAL DEL BARRIO MARSELLA DE LA ZONA 3 DE LA EAB FASE I".

5. El día veintiséis (26) de diciembre de dos mil catorce (2014), el CONSORCIO MARSELLA, constituyó la póliza de Seguro de Cumplimiento Particular No. 11-45-101046283, de la compañía aseguradora Seguros del Estado S.A. con vigencia del veintiséis (26) de diciembre de dos mil catorce (2014) hasta el día veintiséis (26) de agosto de dos mil veinte (2020) (...).

6. El valor del contrato en la suma de CUATRO MIL OCHOCIENTOS VEINTISIETE MILLONES TREINTA Y TRES MIL CIENTO TRECE PESOS MCTE (\$4.827.033.113) Incluido el AIU.

7. El consorcio Marsella celebró un contrato de mandato el 26 de diciembre de 2014 con RB de Colombia S.A.

8. El contrato de mandato aludido en el hecho 7 fue suscrito por el representante legal del consorcio Marsella y a su vez representante legal principal del RB DE COLOMBIA S.A., señor GERMAN ESPEJO MEJÍA por un lado y por el otro lado, firmó el señor JAVIER IGNACIO RESTREPO GIRALDO, representante legal suplente de RB DE COLOMBIA S.A.

9. El objeto del contrato de mandato entre el Consorcio Marsella y RB DE COLOMBIA S.A fue el siguiente: El mandatario se obliga para con el mandante a ejecutar los trabajos y demás actividades propias de la dirección,

administración y gerencia de proyectos, consistente en la realización de las tareas de administración, manejo, dirección, control y seguimiento de actividades de representación, gerencia, financieras, administrativas, de HSE, calidad, contractuales y apoyo logístico del contrato de obra civil N°1-01-33100 01025 2014 cuyo objeto es "CONSTRUCCIÓN Y REHABILITACIÓN DE LOS SISTEMAS DE ALCANTARILLADO SANITARIO Y PLUVIAL DEL BARRIO MARSELLA DE LA ZONA 3 DE LA EAB FASE I". denominado en adelante contrato principal, celebrado entre el mandante y la EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP con NIT:899.999.094 -1, actividades que celebrará el MANDATARIO de conformidad con las condiciones y cláusulas consignadas en el presente documento y en todo de acuerdo con las obligaciones y condiciones que al respecto están hoy estipuladas en el Contrato Principal, contrato y obligaciones que el Mandatario declara conocer y aceptar.

10. La fecha de la firma del contrato 01-33100 01025 2014 fue el 26 de diciembre de 2014, con un plazo de ejecución de ocho (8) meses y un valor de \$4.827.022.113 pesos.

11. El día diez (10) de abril de dos mil quince (2015) la EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP, le entregó al CONSORCIO MARSELLA el anticipo pactado (...).

12. El día veinticuatro (24) de agosto de dos mil quince (2015), mediante Formato Ayuda de Memoria la EMPRESA DE ACUEDUCTO ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP hace entrega de los documentos técnicos que reiteran la definición del alcance del contrato de obra.

13. Mediante Resolución No. 00732 del quince (15) de junio de dos mil dieciséis (2016), el Director de Control Ambiental de la SECRETARIA DISTRITAL DE AMBIENTE Otorga Permiso de Ocupación de Cauce para el desarrollo del proyecto denominado "CONSTRUCCIÓN Y REHABILITACIÓN DE LOS SISTEMAS DE ALCANTARILLADO SANITARIO Y PLUVIAL DEL BARRIO MARSELLA DE LA ZONA 3 DE LA EAB. FASE I".

14. Mediante resolución No. 01110 la ALCALDIA MAYOR DE BOGOTÁ, de fecha tres (03) de agosto de dos mil dieciséis (2016) informa que mediante Auto No. 00511 del dos (02) de mayo de dos mil dieciséis (2016) se inicia el trámite administrativo ambiental para el permiso y/o autorización a favor de LA EMPRESA DE ACUEDUCTO AGUA Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ EAAB - ESP, y finalmente se autoriza los tratamientos silviculturales en espacio público, ocho (8) meses después de la firma del contrato.

15. El 10 de marzo de 2017, mediante el oficio número 33339- 2017-00141 con asunto "Radicados Acueducto E-2016-110386 y E-2016-127775 Contrato de obra No. 1-0133100 01025 2014" el gerente corporativo de servicio al cliente de la EAAB ESP escribe al Representante Legal del CONSORCIO MARSELLA, con el objeto de que sea presentado los documentos de modificación del contrato indicando lo siguiente:

"El alcance del contrato fue definido en el mes de agosto de 2015, en reunión celebrada en la Gerencia Zona 3, en la cual se establecieron los tramos de las redes de alcantarillado sanitario y pluvial existentes en el barrio Marsella que serán objeto de intervención, estableciendo el orden de prioridad de las obras a ejecutar" y "agradecemos su colaboración para que en el menor tiempo posible presente los documentos de modificación del contrato"

16. El 14 de marzo de 2017, por medio del oficio 33330- 2017-00317 (...) el Gerente Zona 3 oficia a la representante legal de la interventoría (...)

expresando lo siguiente: "el alcance del contrato fue definido en reunión realizada en las instalaciones de la EAB - ESP el 24 de agosto de 2015, en la que se estableció el orden de prioridad de las obras que se deben ejecutar en el presente contrato

17. Desde el inicio del proyecto se tenía claro que éste atendería un porcentaje del total de las obras requeridas para el barrio.

18. Las licencias y permisos para la obra eran responsabilidad del contratista

19. Para la proyección del contrato, la Entidad tenía los diseños detallados para la rehabilitación pluvial y sanitaria del Barrio Marsella, situación conocida por las partes.

20. El 31 de octubre de 2016, veintidós (22) meses después de la firma del contrato, el contratista presenta el memorando CE-MRS.1925-47, que ya tenía las licencias respectivas, solicita determinar el alcance definitivo y las obras que finalmente deben realizarse en el contrato, así reestablecer el equilibrio económico y financiero del mismo, el cual se ha visto afectado por el tiempo transcurrido desde su adjudicación".

21. No existe ni se ha alegado nunca imposibilidad técnica para cumplir por parte del contratista.

22. El contratista tomó una mera expectativa de cambios o modificaciones contractuales para extender en el tiempo el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

23. En el contrato no existe cambio de diseño o método constructivo.

24. El contratista siempre ha tenido la posibilidad y la obligación de ejecutar las labores para las cuales fue contratado y sin embargo no lo ha hecho.

25. En el numeral 7 de la cláusula 9 del Contrato Obligaciones del Contratista se estipuló lo siguiente: "Constituir y mantener vigentes las garantías requeridas por el ACUEDUCTO DE BOGOTÁ para el amparo y ejecución del contrato, y reponerlas cuando se vean afectadas por el valor de los siniestros"

26. El contratista no ha mantenido vigentes las garantías del contrato.

27. Las obligaciones del contratista se encuentran claramente en mora."

4. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Según se relató en el capítulo de antecedentes, la demandada en reconvención dio oportuna contestación a la demanda de reconvención reformada, aceptando algunos hechos y negando otros, y formuló las siguientes excepciones:

- A. "INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE OBRA CIVIL NO. 1-01-33100 01025 2014 IMPUTABLE A EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. – VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE PLANEACIÓN – OMISIÓN DE DEFINIR EL ALCANCE DEL CONTRATO – OBLIGACIÓN DE IMPOSIBLE CUMPLIMIENTO."

- B. *"INEXISTENCIA DEL PERJUICIO ALEGADO POR EL DEMANDANTE – COBRO DE LO NO DEBIDO POR CULPA DE LA PROPIA EMPRESA DE ACUECUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P."*
- C. *"EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO."*
- D. *"INEXISTENCIA DE LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO."*
- E. *"INEXISTENCIA DE SUBCONTRATACIÓN O CESIÓN DEL CONTRATO POR PARTE DEL CONSORCIO MARSELLA."*

III. PRESUPUESTOS PROCESALES Y FUNDAMENTOS DEL LAUDO

Del recuento efectuado en los apartes precedentes se desprende que la relación procesal existente en el presente caso se constituyó regularmente, y que en el desenvolvimiento de la mencionada relación no se configura defecto alguno que, por tener la trascendencia legalmente requerida para invalidar en todo o en parte la actuación surtida y no haberse saneado, imponga darle aplicación al artículo 137 del Código General del Proceso, a lo cual debe añadirse que durante las etapas procesales correspondientes ninguna de las partes realizó manifestación alguna al respecto, motivos estos por fuerza de los cuales hay lugar a decidir sobre el mérito de la controversia sometida a arbitraje, finalidad en cuya virtud son conducentes las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

Procede el Tribunal a pronunciarse sobre los presupuestos procesales, entre los que se encuentra la caducidad de la acción, que adicionalmente fue invocada por la convocada como una excepción de mérito.

Frente a cada uno de los presupuestos procesales, a continuación, se efectúa el siguiente análisis:

1.1. Capacidad de Parte

Como se relató en los antecedentes, las partes debidamente constituidas, han comparecido al proceso por conducto de sus apoderados judiciales, con lo cual se da cumplimiento a lo establecido en los artículos 53 y 54 del Código General del Proceso.

1.2. Demanda en forma

Por lo que se refiere a la demanda en forma, el Tribunal encuentra que la demanda reúne los requisitos legales.

1.3. Competencia del Tribunal Arbitral

En audiencia celebrada el 14 de marzo de 2019 – Acta No. 11 –, el Tribunal se instaló en debida forma, asumió competencia, decretó y practicó pruebas, y garantizó el debido proceso a todas las partes e intervinientes procesales, en igualdad de condiciones.

En cuanto a la competencia del Tribunal, en dicha audiencia el Tribunal se declaró *“competente, sin perjuicio de lo que se decida en el laudo, para conocer y resolver, en derecho, las controversias surgidas entre las partes, de que dan cuenta la demanda reformada y su contestación, así como la demanda de reconvención reformada y su contestación.”*

El Tribunal ratifica su competencia para conocer sobre las controversias surgidas entre las partes de que dan cuenta la demanda reformada y su contestación, así como la demanda de reconvención reformada y su contestación, salvo lo pretendido en la pretensión primera de la demanda reformada, respecto de la cual el Tribunal se declarará no competente.

En la pretensión primera de la demanda reformada la convocante pretende:

“PRIMERA. Declarar a la entidad demandada EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP responsable administrativamente por el incumplimiento del Contrato de Obra No. 1-01-33100 01025 2014, en particular en cuanto hace a NO DEFINIR EL ALCANCE DEL CONTRATO, especialmente en lo referido a establecer los tramos de las redes de alcantarillado sanitario y pluvial que se debían intervenir en el barrio Marsella; según la prioridad con que se iban a ejecutar y el método constructivo determinado por la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP y que se PODÍAN REALIZAR DE ACUERDO A LOS ÍTEMS Y ACTIVIDADES QUE TENÍAN PRECIOS UNITARIOS PACTADOS EN EL CONTRATO Y QUE NO INCLUÍAN EL MÉTODO SIN ZANJA.”

Advierte el Tribunal que en esta pretensión la convocante pretende que se *“declare a la entidad responsable administrativamente”* por el incumplimiento del contrato, lo cual excede la competencia del Tribunal como juez del contrato. En efecto, si la Entidad es o no responsable administrativamente, no es un asunto contractual cobijado por la cláusula compromisoria pactada; se trata de un punto en el que se califica la conducta del funcionario y de la propia Entidad, sobre lo cual conocen las autoridades de control. Este panel solamente puede pronunciarse respecto de las controversias que surjan de la ejecución del acto o contrato objeto del pacto arbitral, lo cual se circunscribe a la responsabilidad contractual de la Entidad en la ejecución del contrato de obra No. 1-01-33100 01025 2014.

1.4. Sobre la caducidad de la acción

Procede el Tribunal a pronunciarse sobre la caducidad de la acción, la cual propuso como excepción la parte convocada en los siguientes términos:

“La acción que pretende la convocante se encuentra caducada. Endilga la convocante a la entidad que se debió dar inicio a DAR INICIO A LA EJECUCIÓN el día diez (10) de abril de dos mil quince (2015) fecha en la cual se entrega del anticipo contractual al Contratista de Obra y se habían aprobado las pólizas, momento en el cual supuestamente la entidad incurrió en mora por no definir el alcance del contrato (este alcance se reiteró el 24 de agosto de 2015) según el mismo dicho del contratista. Presentada la demanda el 8 de septiembre de 2017, el medio de control se encuentra caducado.

El fenómeno de la caducidad es un presupuesto procesal de carácter negativo que opera en algunos medios de control contenciosos por el transcurso de un término establecido expresamente en la ley, término que una vez cumplido restringe la posibilidad de acceder a la administración de justicia.

De acuerdo con lo anterior, se puede concluir que el propósito esencial de la caducidad es evitar que las diversas situaciones generadoras de responsabilidad se extiendan de manera indefinida en el tiempo, brindando así seguridad jurídica al transformarlas en situaciones consolidadas.

Entonces, como la caducidad opera de pleno derecho, pues su plazo no es susceptible de interrupción ni de suspensión por pacto entre las partes, su configuración implica que el demandante pierde la facultad de accionar ante la jurisdicción por no haber ejercido oportunamente su derecho y concurrir dos supuestos: i) el transcurso del tiempo y ii) el no ejercicio de la acción.

Dicho término está edificado sobre la conveniencia de señalar un plazo objetivo e invariable para que quien considere ser titular de un derecho opte por accionar o no.

Ahora, respecto a la oportunidad para presentar la demanda del medio de control de controversias contractuales, el literal j) del artículo 164 del C.P.A.C.A. establece lo siguiente:

Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando: (...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

a) (...)

j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

Por lo anterior la demanda se encuentra caducada.”

Al descorrer el traslado del medio de defensa mencionado, la convocante se opuso a la prosperidad de esta excepción, en primer lugar porque la causal invocada no es la aplicable a este contrato y, en segundo lugar, porque, si se aplicare el literal

invocado por la EAAB, el término de caducidad *“deberá empezar su conteo a partir del día catorce (14) de mayo de dos mil diecisiete (2017), es decir que la caducidad concurriría para el presente medio de control el día quince (15) de mayo de dos mil diecinueve (2019), más el término contractual para la liquidación del contrato, llevándonos a la conclusión irrefutable de que para el presente caso no se ha materializado el supuesto procesal de la caducidad de la acción (...)”*.

Agrega que *“el Contrato de Obra (...) se encuentra mas en el numeral v del literal j) del numeral 2) del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 CPACA, por ser un negocio jurídico que requiere liquidación, pese a que la misma no se haya efectuado ni bilateral ni unilateralmente, con lo cual el término de caducidad es aquel que surge de establecer cuando concurrió la terminación del contrato – la cual todavía no ha operado – dado que jamás se suscribió el Acta de Inicio, sin perjuicio de que en todo caso claramente nos encontramos dentro del marco de las acciones contractuales, dado que el mismo se suscribió y perfeccionó en debida forma, más los términos contractuales pactados para la liquidación bilateral y dos (2) meses más, adicionando los dos (2) años subsiguientes establecidos para el ejercicio de la acción contractual, situación que de facto nos lleva a concluir que el término de caducidad permanece incólume y ni siquiera se ha iniciado su conteo (...)”*.

Finalmente expresa que aunque en el caso no opera la caducidad, si ocurriera, también sería aplicable para la demanda de reconvención presentada por la convocada.

Consideraciones

El asunto que en este acápite se decide se concreta en determinar si para el 8 de septiembre de 2017, fecha de la presentación de la demanda, se encontraba o no caducada la acción. Por lo anterior, en primer término, es necesario determinar la normatividad aplicable, para luego, en coherencia con los hechos, concluir si en relación con la acción o medio de control operó o no la caducidad.

Acerca de la oportunidad procesal para resolver sobre la excepción de caducidad, es de anotar que tiene sentado la jurisprudencia⁵⁴ que *“[...] en los eventos en que no es clara la fecha a partir de la cual se debe iniciar el cómputo del término de la caducidad se debe continuar con el proceso para que el juez, al momento de fallar, luego de hacer el análisis probatorio correspondiente, vuelva sobre este punto y establezca con certeza la fecha a partir de la cual se debe contabilizar el término de caducidad”*⁵⁵.

En primer lugar, advierte el Tribunal que el contrato que dio lugar a las controversias es estatal, en tanto fue suscrito por la EAAB, entidad pública del orden distrital, el cual se sujeta a la normas del derecho privado, sin perjuicio de la aplicación de los

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 9 de marzo de 2000, Rad. 17.447.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, M.P., doctor Guillermo Sánchez Luque, 13 de febrero de 2017, radicación: 05001-23-33-000-2014-00624-01(55575).

principios de función pública. En este orden de ideas, es aplicable el artículo 164 del CPACA, el cual en su literal j) establece:

“j) En las relativas a contratos el término para demandar será de dos (2) años que se contarán a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que les sirvan de fundamento.

Cuando se pretenda la nulidad absoluta o relativa del contrato, el término para demandar será de dos (2) años que se empezarán a contar desde el día siguiente al de su perfeccionamiento. En todo caso, podrá demandarse la nulidad absoluta del contrato mientras este se encuentre vigente.

En los siguientes contratos, el término de dos (2) años se contará así:

i) En los de ejecución instantánea desde el día siguiente a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato;

ii) En los que no requieran de liquidación, desde el día siguiente al de la terminación del contrato por cualquier causa;

iii) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada de común acuerdo por las partes, desde el día siguiente al de la firma del acta;

iv) En los que requieran de liquidación y esta sea efectuada unilateralmente por la administración, desde el día siguiente al de la ejecutoria del acto administrativo que la apruebe;

v) En los que requieran de liquidación y esta no se logre por mutuo acuerdo o no se practique por la administración unilateralmente, una vez cumplido el término de dos (2) meses contados a partir del vencimiento del plazo convenido para hacerlo bilateralmente o, en su defecto, del término de los cuatro (4) meses siguientes a la terminación del contrato o la expedición del acto que lo ordene o del acuerdo que la disponga;”

Observa el Tribunal que el Contrato suscrito entre la EAAB y el Consorcio Marsella es de obra pública, el cual en su cláusula vigesimoctava contempla que éste se liquidará dentro de los 4 meses siguientes al vencimiento de su plazo de ejecución. En este orden de ideas corresponde aplicar para la contabilización del término de caducidad lo dispuesto en el numeral 2, literal j, v).

En este sentido, la contabilización del término de caducidad de dos años de la acción contractual se inicia a partir del vencimiento del plazo que de acuerdo con el contrato tengan las partes para liquidarlo de común acuerdo una vez este finalice, más el plazo de dos meses con que cuenta la Entidad Pública para realizar la liquidación unilateral, en caso de que el contratista no concurriera o no estuviere de acuerdo con la liquidación y se abstuviera de suscribirla.

En los casos en que el contrato requiera liquidación, si la Administración no la efectúa dentro de los dos meses siguientes contados desde el término que las partes tenían para liquidarlo de común acuerdo o desde el plazo acordado para hacerlo o a falta de este, dentro de los cuatro meses desde su terminación.

En este punto el Tribunal comparte lo señalado por el Ministerio Público en el sentido que *“De la normatividad que se viene de transcribir, es dable concluir que para la contabilización del término de 2 años de la caducidad, ha (sic) de partirse de la fecha en que debió cumplirse el contrato, es decir, una vez vencido el plazo o duración del mismo, y en caso de requerirse liquidación, se adicionará el término de dos 2 meses para efectuarla de manera bilateral, más 4 meses con los que se cuenta para la liquidación unilateral”*.

En el contrato que dio origen a este litigio no se suscribió acta de inicio ni el mismo se ejecutó, por lo cual el análisis de la caducidad requiere un especial estudio, a lo cual se procede. Al respecto el Ministerio Público, conceptuó:

“Sin embargo, como en el presente asunto, brilla por su ausencia el acta de inicio del Contrato de Obra No. 1-1-33100-01025-2014 del 26 de diciembre de 2014, que permita determinar la fecha en la que debió cumplirse el objeto contractual, para contabilizar el plazo establecido en la ley a efectos de presentar oportunamente la demanda, es necesario acudir a los criterios establecidos en la jurisprudencia del H. Consejo de Estado que ha sido clara en señalar, que en éstos eventos debe partirse de un hecho cierto que permita establecer el perfeccionamiento del contrato y cuando debió ejecutarse, es decir la fecha de su inicio.

Al respecto, en providencia del 27 de mayo de 2008, bajo el radicado N°. 2008-00031-01 (38600), con ponencia del doctor Hernán Andrade Rincón (E), el máximo órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa, estableció que:

En el presente caso la disputa se generó por cuanto la empresa demandada habría incumplido su obligación de otorgar el acta de inicio, según la demandante, a partir del 25 de octubre de 2007 fecha en la cual le radicó la solicitud de descuento del impuesto de timbre,

Por lo tanto, no se puede establecer con certeza la vigencia del contrato, la cual habría contado a partir del acta de inicio que no llegó a otorgarse. Sin embargo, con fundamento en los hechos ocurridos en la fecha mencionada en la demanda, para los efectos de la caducidad de la acción se tomará el 25 de octubre de 2007, como la fecha en que habría iniciado el plazo de duración del contrato.

Partiendo de esa base, el plazo de la duración del contrato de dos (2) meses, tiene que contarse desde el 25 de octubre de 2007 hasta el 25 de diciembre de 2007, Si a ello se agrega el plazo de dos (2) meses para liquidar de mutuo acuerdo - de conformidad con la cláusula de liquidación del contrato contenida en los términos de referencia - y de allí, se adiciona el plazo de dos (2) meses previsto en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, se establece que el término de caducidad de la acción contractual corrió a partir de 25 de abril de 2008, por un lapso de dos (2) años, hasta el 25 de abril de 2010.

Así las cosas, para el asunto objeto de estudio, conforme a lo aceptado por las partes y al material probatorio allegado al expediente, el Ministerio Público considera que ha de partirse el día 10 de abril de 2015, fecha en la cual la Empresa de Acueducto de Bogotá, le entregó al Consorcio Marsella el anticipo pactado en la cláusula quinta del contrato, hecho que fue narrado en el numeral 10 de la demanda y aceptado por la entidad convocada en el escrito de contestación. A partir de esta fecha, se contabilizan los términos indicados en la norma transcrita y teniendo en cuenta que el plazo de ejecución del contrato era de 8 meses, se tiene que el mismo debió cumplirse

el 10 de diciembre de 2015, más 2 meses para la liquidación bilateral y 4 para la unilateral, es decir, que el término de caducidad de 2 años, empezó a correr desde el 10 de junio de 2016 y dado que la demanda fue presentada el 8 de septiembre de 2017 (sic), es evidente que no ha operado el fenómeno de la caducidad, por lo tanto el primer problema jurídico se resuelve de manera negativa."

Bajo una sana interpretación, se contabiliza el término de ejecución del contrato que era de 8 meses (cláusula octava) a partir de una fecha cierta, esto es, la firma del mismo, lo cual ocurrió el 26 de diciembre de 2014, al sumar a los 8 meses, los 4 meses para la liquidación bilateral más los 2 meses para la liquidación unilateral, tiempo a partir del cual se contaría el término de caducidad de 2 años, la caducidad ocurriría el 26 febrero de 2018, y, como la demanda se presentó el 8 de septiembre de 2017, es claro que la acción no estaba caducada, y por tanto no está llamada a prosperar la excepción propuesta por la EAAB.

En cuanto la EAAB alega que ha caducado la acción con fundamento en el inciso segundo del literal j), el Tribunal en todo caso observa bajo este supuesto, que no es aplicable a este contrato, por cuanto en el propio clausulado contractual se contempla la obligación de liquidarlo, que tampoco ocurrió el fenómeno de la caducidad.

En los términos del artículo 164, numeral 2, literal J, el conteo del término que habría de tenerse en cuenta para efectos de determinar si operó o no la caducidad es el de los hechos o motivos que fundamentan las pretensiones y, éstas, como lo sostuvo la parte actora al descorrer el traslado del medio exceptivo de caducidad propuesto por la convocada y de acuerdo con su demanda, son del 14 de mayo de 2017, (sic) a lo cual se agrega que la misma convocada el 10 de marzo de 2017 redefinió el procedimiento constructivo. Y, es oportuno dejar sentado que, conforme ha concluido el Tribunal el contrato no podía iniciar su ejecución desde la fecha de su firma, en virtud de que no estaba determinado su alcance, más concretamente, no se habían definido los tramos que serían objeto de obra o intervención por parte del Contratista ni las redes de alcantarillado y pluviales.

A lo anterior se agrega que en el contrato de interventoría número 2-15-33 100, 01023-2014 suscrito el 24 de diciembre de 2014 se dijo que el plazo de duración de la obra se contaría desde la suscripción de la orden de iniciación (Cláusula Séptima), la que se requería para la ejecución de la obra (Cláusula Vigésima Cuarta). Sin embargo, nada de lo anterior ocurrió, por lo que no puede tenerse como término de inicio del tiempo para contabilizar la caducidad, en los términos del inciso segundo, literal j del artículo 164 del CPACA, el día del recibo del anticipo, como lo plantea la convocada. Es, entonces, claro para el Tribunal que no ha transcurrido el término de dos años ni se dan los restantes supuestos para que opere el fenómeno de la caducidad, habida cuenta que la demanda se presentó el 8 de septiembre de 2017, razón de más por la que la excepción de caducidad no tiene vocación de prosperidad.

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales, corresponde al Tribunal pronunciarse sobre las pretensiones invocadas por las partes en la demanda reformada, salvo la primera, y la demanda de reconvención reformada.

2. SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA REFORMADA Y DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA

2.1. La Etapa precontractual.

La EAAB, en octubre de 2014 realizó la invitación pública No. ICSC-0680-2014 en la cual se establece: *"1.1. OBJETO La presente invitación tiene como objeto la contratación de las obras, que se determinan en el Anexo No. 1 Datos de la invitación"*⁵⁶. En el Anexo No. 1 se estableció *"Objeto: Construcción y rehabilitación de los sistemas de alcantarillado sanitario y fluvial del Barrio Marsella de la zona 3 de la EAAB Fase I"*⁵⁷.

Vale la pena mencionar que la invitación remitía al Anexo 7 sobre condiciones técnicas pero que al examinar dicho Anexo no se definían ni los tramos a realizar ni el alcance del contrato.

En desarrollo de esta invitación que fue adjudicada al Consorcio Marsella, se celebró el contrato de obra pública No. 1 01-33100 01025 suscrito el 26 de diciembre de 2014, entre el Gerente General de la EAAB y el representante legal del Consorcio Marsella⁵⁸.

2.2. El Contrato

Según se señaló en el acápite anterior, el 26 de diciembre de 2014 la EAAB y el Consorcio Marsella conformado por la sociedad RB DE COLOMBIA S.A. sociedad con domicilio en la ciudad de Bogotá (70%) y CONGETER LTDA entidad de la economía solidaria cooperativa para la gestión y desarrollo de entidades territoriales, con domicilio en la ciudad de Tunja (30%), en calidad de consorciados conforme al Acuerdo consorcial suscrito por las partes bajo el nombre Consorcio Marsella⁵⁹, suscribieron el Contrato de Obra No. 1 01-33100 01025.

El Contrato es estatal por el carácter orgánico de la Entidad contratante, que se rige por las normas civiles y comerciales,⁶⁰ salvo en los aspectos particularmente regulados en el Manual de Contratación del Acueducto de Bogotá:

⁵⁶ Folio 27 vuelto del Cuaderno de Pruebas No. 2.

⁵⁷ Folio 60 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

⁵⁸ Folios 77 a 95 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁵⁹ Con el objeto de participar en la invitación pública No. ICSC 0680 2014 Construcción y rehabilitación de los sistemas de alcantarillado sanitario y pluvial del Barrio Marsella de la Zona 3 de la EAAB FASE 1. Folios 16 y 17 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁶⁰ Referencia a la ley 142 de 1994 de ESP.

“CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMERA – RÉGIMEN LEGAL: El contrato se rige en general por las normas civiles y comerciales vigentes, salvo en los aspectos particularmente regulados por el Manual de Contratación del ACUEDUCTO DE BOGOTÁ.”

Es un contrato bilateral, del cual surgen obligaciones recíprocas para las partes y conmutativo en cuanto se considera que esas obligaciones contienen prestaciones equivalentes (arts. 1496 y 1498 del C.C.).

El contrato se encuentra perfeccionado desde su firma y ninguna de las partes ha pretendido desconocer su existencia, su validez o la eficacia de sus disposiciones.

El Tribunal, en desarrollo de la facultad/obligación que le asiste como juez del contrato ha analizado la posible existencia de causales de nulidad que afecten la validez del acto, tampoco encuentra vicios que afecten el vínculo negocial.

Ahora bien, en este tipo de contratos de obra se identifican dos elementos esenciales, aquellos, a los que se refieren los artículos 1501 del C.C., y 898 del Código de Comercio respecto de los cuales, además, recae el consentimiento recíproco de las partes: la ejecución de una obra a cargo de un contratista, que por regla general es un experto en la construcción y ejecución de las labores propias que le son encargadas y la remuneración a título de contraprestación económica que incluye no solamente el precio de los materiales sino la mano de obra y la utilidad.

En los términos definidos por el Consejo de Estado el Contrato de Obra:⁶¹

“(…) tiene como finalidad la ejecución de una obra pública, considerándose dentro del alcance de la misma todo trabajo que tiene por objeto, crear, construir, conservar o modificar bienes inmuebles incorporándose a dicho concepto trabajos como la construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de los bienes inmuebles, así como la construcción, instalación, conservación, mantenimiento, reparación y demolición de aquellos bienes destinados a un servicio público o al uso común.”

Resulta además importante señalar que, si bien el contrato se rige por las normas del derecho privado, no puede perderse de vista que la contratante es una entidad prestadora de un servicio público.

De tal forma que la ejecución de la obra a cargo del contratista lleva implícita una carga adicional que deviene de la especial protección constitucional a los servicios públicos,⁶² a cargo del Estado, su cumplimiento va más allá de los intereses meramente particulares y privados, por cuanto debe garantizar su oportuna y eficaz prestación.⁶³

61 CONSEJO DE ESTADO: SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL. CP: Édgar González López. Concepto del 5 de septiembre de 2018. Rad: 2386.

62 Arts. 78 y 365 de la Constitución Política.

63 Sentencia SU-1010 de 2008. MP. Rodrigo Escobar Gil.

“(...) la jurisprudencia constitucional establece una serie de elementos que le son propios al concepto de servicios públicos: (i) se trata de un conjunto de actividades a través de las cuales se busca satisfacer necesidades de interés general; (ii) el Estado tiene el deber de asegurar su prestación eficiente, regular y continua, en igualdad de condiciones para toda la sociedad y (iii) la obligación estatal puede ser satisfecha de forma directa o mediante el concurso de los particulares o de comunidades organizadas”.

En este sentido, tanto a la entidad estatal como al particular les asiste un deber especial de diligencia y oportunidad en la ejecución del contrato, que involucra un servicio público, porque el incumplimiento total o parcial o el retardo en el desarrollo de la obra atenta contra la garantía de la prestación oportuna del mismo.

Ahora bien, el texto mismo del contrato, pareciera ser el formato general de cualquier contrato de obra tipo de la EAAB y en esa medida, no define ninguno de los elementos particulares en su objeto, en su alcance y en su remuneración, por cuanto defiere esas definiciones a los Datos del Contrato, que obran a folio 84 del Cuaderno de Pruebas No.1.

Y para efectos de interpretación de su clausulado vale la pena resaltar que su texto y redacción tuvieron origen en la EAAB⁶⁴ de tal forma que, de acuerdo con las reglas de interpretación del contrato, será aplicable el artículo 1624 del Código Civil:

“No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.

Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.”

2.2.1. Objeto del Contrato

En los términos de la Cláusula Primera el Objeto del contrato es *“la ejecución de las obras que se indican en los Datos del Contrato.”*

A su vez a folio 84 del Cuaderno de Pruebas No. 1 en el cuadro de objeto del contrato se lee:

“Construcción y rehabilitación de los sistemas de alcantarillado sanitario y pluvial del Barrio Marsella de la Zona 3 de la EAB Fase 1.”

Como se observa de la simple lectura de dicho objeto, analizado en conjunto con la discriminación del precio, el Contratista debía acometer dos tareas diferentes: la rehabilitación de redes de alcantarillado pluvial y la rehabilitación de redes de alcantarillado sanitario.

⁶⁴ El modelo de contrato se adjuntó a la invitación a contratar.

2.2.2. La Contraprestación. Elementos para determinar la contraprestación.

En los Datos del Contrato, bajo el cuadro valor, se discriminan en dos diferentes ítems los valores a que tiene derecho el Contratista por la ejecución de la obra a título de remuneración:

La suma de MIL NOVECIENTOS TREINTA MILLONES SETECIENTOS VEINTIDÓS MIL SESENTA Y UN PESOS (\$1.930.722.061) M/CTE por la rehabilitación de las redes de acueducto pluvial y,

La suma de DOS MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS ONCE MIL CINCUENTA Y CUATRO PESOS (\$2.896.311.054) M/CTE por la rehabilitación de las redes de acueducto sanitario.

En concordancia con lo anterior, en el Formulario No. 1 A Lista de cantidades y precios se discrimina la descripción de cada actividad, la cantidad en m³, el valor unitario y el valor total de la rehabilitación de las redes de alcantarillado pluvial y en el Formulario No. 1 B con el mismo esquema, el valor total de la rehabilitación de las redes de alcantarillado sanitario.

La revisión del detalle y la descripción de las actividades incluidas en cada uno de los formularios y la determinación de los valores, le permiten concluir inicialmente al Tribunal que para determinar la remuneración del contratista, desde la presentación de la propuesta, se tuvieron en cuenta precios unitarios por metro cúbico y una serie de obras que si bien no definen con claridad el método constructivo específico, sí hacen referencia precisa a obras de excavaciones, instalaciones de tuberías, rotura de andenes y pavimento y suministro de tubería, entre otros, actividades que con base en las declaraciones de los expertos que fueron escuchados por este Tribunal, corresponden a un método constructivo de “zanja abierta” y que fue bajo esa modalidad que la EAAB invitó al contratista a presentar su oferta y este contratista preparó su propuesta:

“DR. ROMERO: Dentro de los diseños, usted se acuerda ingeniero si estaba prevista la forma en que debía hacerse los trabajos?”

DRA. MESA: Método positivo?

SR. OLIVELLA: Todo el contrato se estructuró para ser ejecutado a zanja abierta, es decir, con una metodología convencional que consiste en ... excavaciones, rellenos, instalación de tuberías y nuevamente recuperación del espacio público, esa era la metodología que tenía prevista el contrato que se deduce de los ítems establecidos en el contrato.”

“DRA. M. ROJAS: Usted recuerda si esos diseños que usted dice que la Empresa de Acueducto la entregó al contratista establecían o preveían sistema sin zanja o con zanja?”

SR. RIVERA: De la lectura de los diseños y de las cantidades de obra, lo que se observa es que tenían que hacer zanja abierta, por qué? Porque uno ve esa lectura...(interpelado)”⁶⁵

2.2.3. Plazo de ejecución del Contrato.

Conforme al artículo 33 del Manual de Contratación de la EAAB (Resolución 730 de 2012) para dar inicio a la ejecución del contrato se requería contar con:

- 1) Aprobación de las garantías
- 2) Pago de impuestos y gastos de publicación si a ello hubiere lugar
- 3) El cumplimiento de los requisitos de ejecución establecidos en los términos de la invitación entre otros, licencias, autorizaciones y permisos exigidos por las autoridades competentes.
- 4) Acta de iniciación si así quedó prevista en el Contrato.

En cuanto al acta de iniciación, es de precisar que en la cláusula octava del Contrato que ocupa a este Tribunal se pactó la suscripción por parte del Interventor de la orden de iniciación, y en el Anexo 7, Condiciones Particulares de la Invitación Pública, se establece en el numeral 7.9 como otras obligaciones técnicas del contratista la firma del acta de inicio a los 60 días calendario contados a partir del pago del anticipo, obligación que como se ha sostenido a lo largo de este laudo, el Consorcio no pudo cumplir ante la indefinición del alcance de la ejecución de las obras.

Desde la suscripción del Contrato en diciembre del año 2014, se observa en el plenario, que en lo que podría llamarse la etapa inicial, la conducta de las partes estuvo encaminada a cumplir sus obligaciones recíprocas, específicamente las que se refieren al pago del anticipo y la constitución y aprobación de las garantías correspondientes.

Sin embargo, conforme a la Cláusula Octava del Contrato, el plazo de ejecución de las obras se estableció en ocho meses a partir del acta de inicio:

“CLÁUSULA OCTAVA – PLAZO DE EJECUCIÓN: El plazo para la ejecución del contrato es el que se indica en los Datos del Contrato, el cual se empezará a contar a partir de la fecha de suscripción por parte del interventor de la orden de iniciación, la cual será notificada al correo electrónico suministrado en la carta de presentación de la oferta.”

Coinciden las partes en señalar que el acta de inicio nunca se suscribió y de esa circunstancia surge precisamente el motivo principal del reclamo de la convocante.

Para el Tribunal resulta importante dividir la ejecución del contrato conforme a diferentes etapas que tienen origen en la conducta desplegada por cada una de las partes para derivar de allí consecuencias jurídicas.

⁶⁵ Folio 130 del Cuaderno de Pruebas No. 7.

2.3. La determinación del alcance del Contrato

De conformidad con lo señalado en el numeral 4.2. del Contrato, cuyo modelo formó parte del pliego de condiciones, tanto la Descripción y Alcance de las Obras del Proyecto "*Condiciones técnicas generales*" (4.2.1) como la ubicación de las Obras o Trabajos del Proyecto "*Condiciones técnicas particulares*" serían objeto de definición en el anexo 7 del Contrato. En el mismo sentido, se incluirían en dicho anexo los asuntos atinentes a planos y alternativas técnicas particulares.

En las condiciones técnicas Generales establecidas en el Capítulo 4 de la Invitación Pública que forman parte del contrato se establece que:

"4.2. CONSIDERACIONES GENERALES

4.2.1. Descripción y Alcance de las Obras del Proyecto

Las características principales del proyecto son las descritas en el Anexo No. 7 "Condiciones técnicas particulares".

4.2.2. Ubicación de las Obras o Trabajos del Proyecto

Los trabajos a ejecutarse en desarrollo del proyecto se llevarán a cabo en los sitios especificados en el Anexo 7 "Condiciones técnicas particulares".

4.2.3. Planos, Esquemas y Normas Particulares

Los planos, esquemas, normas y especificaciones técnicas particulares correspondientes a las obras que se deben ejecutar para el desarrollo del contrato, son los descritos en el Anexo No. 7 "Condiciones técnicas particulares (...)"⁶⁶

A su vez, en el Anexo No. 7 adjunto al pliego de condiciones, se observa que en los numerales 7.1. y 7.2. se señalaron el objeto de las obras y la ubicación del proyecto, y en el numeral 7.4 se señala la casilla en la cual no se aceptan alternativas técnicas⁶⁷:

"7.1 Descripción del Proyecto: Se deben realizar las obras de adecuación y rehabilitación de las redes de alcantarillado pluvial y sanitario del barrio Marsella. Dentro de las obras previstas de construcción y/o rehabilitación del sistema sanitario, se deberá adelantar la renovación de las conexiones domiciliarias de acueducto y alcantarillado que se requieran para garantizar la óptima prestación del servicio.

7.2 Ubicación del Proyecto: Las obras objeto de la presente invitación están localizadas en Ciudad de Bogotá en la Localidad 15 de Puente Aranda en el Barrio Marsella, localizado entre la Paralela Norte de la Avenida de las Américas y la Diagonal 11, entre la Avenida Boyacá y el Canal Río Fucha."

En el numeral 7.10 del mismo Anexo específicamente se señala que mediante Contrato de consultoría 1-02-33100-0102-2013 se determinaron "los diseños

⁶⁶ Folio 52 vuelto del Cuaderno de Pruebas No. 2.

⁶⁷ Folios 612 a 620 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

detallados para construcción de los sistemas de alcantarillado sanitario y pluvial del Barrio Marsella”⁶⁸ y las normas de Manual de impacto urbano NS 083.

En el numeral 7.12 se señala que la lista de cantidades y precios está en el Formulario No.1 en el cual se señalan los códigos ítem, descripción, unidad, cantidad, valor unitario y valor parcial⁶⁹.

Las especificaciones técnicas aplicables NS 019 N025⁷⁰ hacen referencia precisa a la excavación y zanja abierta de las obras.

Del análisis del lenguaje del texto del Contrato y de sus anexos, confirmados además por pruebas y testimonios que reposan en el proceso,⁷¹ se puede concluir que, el objeto del contrato estaba definido genéricamente, como: a) la obligación de ejecutar una obra en las redes de alcantarillado b) incluidas redes pluviales y redes sanitarias c) que el objeto de la obra formaba parte de la Fase 1 del Barrio Marsella d) que revisadas genéricamente las definiciones técnicas y la configuración de la base para determinar la contraprestación, los precios unitarios del contrato se especificaron para utilizar un método que incluía excavación.

Se pudo concluir, igualmente, que entre la fecha de la firma del Contrato y con posterioridad a la entrega del anticipo, no obstante, la solicitud manifiesta del contratista el 8 de marzo del año 2015, la EAAB no le definió a éste el alcance del contrato. Casi tres meses después de la suscripción del contrato, el representante legal del Consorcio Marsella informó a la interventoría R y R Consultoría e Ingeniería SAS, con copia a la EAAB que:

“(…) la no definición a la fecha de las obras a realizar, ocasiona que estemos cada vez más enfrentados a trabajar cuando empieza el invierno, la deserción de personal profesional, técnico y operativo ya entrevistado y a punto de ser enganchando pero sin ninguna definición, mayores gastos administrativos con el personal ya contratado pero sin iniciar labores y posibles alzas tanto en los suministros como en la mano de obra; lo cual es relevante en este tipo de contratos al no tenerse pactado una fórmula de ajuste...

(...)

*Es claro para nosotros la posición respetable y técnica de la EAB a través de su supervisor **de disminuir los costos en la recuperación del espacio urbano usando métodos sin zanja para reponer los alcantarillados, cuyo fin claramente busca facilitar la construcción, no afectar las vías de la población beneficiada;** mas cuando éstas se encuentran en buen estado; disminuir los costos por dicha recuperación y generar mayor inversión en el alcantarillado; pero se requiere se tomen decisiones rápidamente de lo que se realizará, considerando el tiempo transcurrido desde la adjudicación, el monto del contrato y el tiempo dado de ocho (8) meses.*

68 Se cuenta además con las normas técnicas para diseño, construcción, operación y mantenimiento de los sistemas de Acueducto y Alcantarillado” (Folio 71 del Cuaderno de Pruebas No. 1)

69 Folio 655 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

70 Folio 72 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

71 Cuaderno de Pruebas No. 7.

Como es de su conocimiento el contrato estaba dirigido a atender los diseños elaborados mediante el proyecto No. 8010 por lo que se nos entregaron 49 planos correspondientes al mismo en el sector o Barrio de Marsella, que es el objeto del contrato, pero el valor de ejecución de dichas obras en dicho sector, puede superar 4 o 5 veces el contrato a nosotros adjudicado, razón por la que se analizó en primera Instancia que se podría realizar con lo contratado, evaluación previa mediante la cual concluimos que no se podría hacer sino escasamente el 20% de lo diseñado partiendo de aguas abajo y considerando la ejecución mediante los ítems contratados, o sea, la ejecución mediante la colocación a cielo abierto o tradicional.

En visita al sitio con el supervisor y con su presencia, se nos pidió analizar las redes actuales y la topografía realizada por el proyecto 8010 para dicho sector, para lo cual, se nos entregaron 54 planos adicionales los cuales se revisaron y estudiaron buscando si habla relación o igualdad entre lo existente y lo diseñado, encontrándose, que no se presenta igualdad alguna pues se tienen cambios de diámetros, pendientes, materiales cotas, longitudes entre pozos, ubicación de sumideros, etc. , situación que era de esperar, dado el hecho de ser un proyecto nuevo, estar las redes en uso y si se quisieran usar, se requerirla otro método de construcción al contratado y el alcance del diseño mencionado debió haber sido otro.

A la fecha estamos evaluando el método sin zanja mencionado con expertos en estos sistemas pero es claro que, se tendrá una modificación importante de lo contratado si se usará.

Dado el hecho de la no definición actual y de la demora que se presenta para el inicio de las obras a la fecha se tienen actividades que no hemos podido realizar y son las siguientes....”⁷²

Trazadas las anteriores líneas de pensamiento es preciso advertir que el artículo 1502 del Código Civil consagra los requisitos para que una persona se obligue con otra por un acto de declaración de voluntad y entre aquellos, en tercer lugar, preceptúa la norma mencionada que la declaración debe recaer sobre un objeto lícito; a su vez, el 1517 *ibidem* ordena que toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer.

De otra parte, el artículo 1518, numeral 3 de la misma obra establece que si el objeto es un hecho es necesario que sea física y moralmente posible, lo que quiere decir que la prestación ha de poderse cumplir por el deudor. Dentro de las exigencias legales del objeto para que sea eficaz, además, se encuentra la de que sea determinado o determinable, de no ser así, el negocio no produce efectos.

En el asunto bajo examen ninguna duda existe en relación con que para que el deudor contratista pudiera iniciar la obra dependía de que la Entidad contratante le indicara dentro del género, Barrio Marsella, el tramo que el primero debía intervenir con la realización de las obras a que se refiere el contrato. Por manera que mientras esto no ocurriera ningún incumplimiento o responsabilidad le cabría a la contratista, y coherentemente, no podría la Entidad contratante exigirle a su contraparte cumplimiento alguno frente al inicio y culminación de la obra y, desde luego, mientras la indicada determinación no se hiciera en forma concreta por la

⁷² Folios 118 a 120 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

Contratante, le asistía derecho a la contratista para reclamar el daño que sufriera por la conducta negativa de la Entidad (*culpa in contrahendo*).

Como se ve, para que la Contratista pudiera cumplir con la prestación, de acuerdo con el contrato de obra y sus anexos, era esencial que la Entidad Contratante le indicara el tramo o espacio que dentro del Barrio Marsella la primera debía intervenir, no solo porque así se había pactado sino porque los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural [artículo 1603 C.C; 871 C de Co].

En suma, para que surja una obligación, la prestación debe estar determinada en lo indispensable, esto es, el obligado debe conocer qué es lo que ha de hacer y cómo lo debe hacer; sin esta exigencia fundamental no puede exigirse cumplimiento alguno al deudor; y, lo que fluye del caudal probatorio recaudado en este proceso, reitera el Tribunal, es que a la Contratista no se le determinó el tramo o la parte del Barrio Marsella sobre el cual debía realizar el objeto, debido a que el lugar de la realización de la obra fue apenas genéricamente convenido, con el compromiso de que con posterioridad se le indicaría dentro de este *genus* la especie o parte del Barrio en la cual debía ejecutar la obra hasta donde el valor del negocio le alcanzara el monto de la contraprestación, calculada por metro cúbico.

4.2.4. Hechos probados en relación con el alcance

No se allegó al proceso prueba alguna que demostrara que la EAAB, como le correspondía, le hubiera definido oportunamente al contratista las zonas exactas, cuadras y ubicación dentro de los planos del Barrio Marsella, con excepción de la ayuda de memoria del 24 de agosto de 2015. Tan es así, que en comunicación de marzo 10 de 2017 la misma Entidad lo reconoce.

En este sentido vale la pena señalar que para el Tribunal la conducta contractual de la EAAB dista mucho de aquella que corresponde a una entidad a cuyo cargo está, por ministerio expreso de la ley, la vigilancia de una obra cuyo efecto directo es la prestación eficiente de un servicio público. Para nadie es extraña la importancia de ejecutar pronta y cumplidamente la labor de mantenimiento de las redes de acueducto de una ciudad, en beneficio de los usuarios de este servicio, más aún, cuando están comprometidas nociones como la salud pública.

En los folios 118-120 del Cuaderno de Pruebas No. 1 se encuentran una serie de comunicaciones dirigidas por el Contratista a la EAAB solicitando la definición expresa del alcance del Contrato para priorizar las áreas que serían intervenidas.

El 18 de agosto de 2015 en la Gerencia de Zona 3 de la EAAB se realizó una reunión de seguimiento donde se indicó:

“La EAB-ESP hace un balance general del estado del contrato informando los aspectos técnicos, sociales y ambientales que se han identificado para la construcción de las obras de Rehabilitación previstas en el Contrato. La principal dificultad identificada por el Supervisor Técnico del Contrato es el impacto urbano que se produciría en la comunidad y sus costos asociados para ejecutar la obra con excavación abierta, específicamente para rehabilitar la Red de Alcantarillado existente en la Avenida de las Américas (Calle 6ª, paralela Norte de la Avenida) donde existen en el corredor de construcción redes de agua potable, red de energía, red telefónica, postes de alumbrado público, andén tipo vía transmilenio, comercio e instituciones de salud que se verían afectadas con la ejecución de las obras, actividades que no están contempladas en su totalidad en el contrato”.⁷³

Llama la atención del Tribunal el acta de seguimiento suscrita por Jainer Lucas Olivella, Andrés Arévalo, Jorge Francisco Mojica, Germán Espejo, Ingrid Joanna Martínez, Luis F. Andrade y Pablo C. Botero cuyo contenido no fue tachado por ninguna de las partes y en la cual se manifiesta que *“a más tardar el próximo viernes 21 de agosto de 2015 la EAB-ESP definirá el alcance del proyecto, con las evaluaciones técnicas y legales requeridas para iniciar el contrato de obra e interventoría”* y posteriormente cita para una nueva reunión de seguimiento el 24 de agosto de 2015 con el fin de *“definir el alcance del proyecto desde el punto de vista técnico y legal”*.

Es decir, entre la fecha de firma del Contrato y el 24 de agosto de 2015 el alcance del Contrato no se había definido y en ello le asiste la razón a la parte convocante, quien lo afirma como sustento principal de sus pretensiones. Vale la pena además señalar que esa indefinición en el clausulado contractual y en el Anexo deberían interpretarse en todo caso en contra de la EAAB conforme a los postulados del citado artículo 1624 por cuanto la minuta del contrato fue elaborada por la Entidad y formaba parte de los pliegos de condiciones.

La inercia de la EAAB y su ausencia de diligencia en la definición del alcance justifican que entre diciembre de 2014 y el 24 de agosto de 2015 no se hubieren iniciado las obras. En realidad a la luz del ordenamiento jurídico la indefinición del alcance devenía en la imposibilidad de cumplir con el objeto del contrato y en tal sentido es eximente de responsabilidad del aparente incumplimiento de la contratista, entre otras razones, porque en estricto derecho no puede decirse que el plazo de ocho meses de ejecución se inició antes de definir el alcance ni de suscribirse el acta de inicio ni que los hechos que dieron origen a la controversia ocurrieron desde la fecha de entrega del anticipo, y tampoco que la contratista estaba en mora de cumplir.

En tal sentido considera el Tribunal que durante esta etapa confluyeron de una parte la ausencia de diligencia de la EAAB en una conducta culposa por omisión y el eximente de responsabilidad de la inactividad del contratista por imposibilidad de cumplir el objeto, situación cuyas consecuencias se definirán al analizar la procedencia de la declaración de terminación del contrato por incumplimiento, solicitada por la convocante inicial.

⁷³ Folios 122 a 126 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

A partir del 24 agosto de 2015 podría identificarse una segunda etapa en el desarrollo del Contrato, de la cual también surgen consecuencias legales para cada una de las partes.

En efecto, en esa fecha aparece suscrita una ayuda de memoria⁷⁴ - que tampoco fue tachada por ninguna de las partes -, reunión de seguimiento en cuya lista de asistencia figuran Jainer Lucas Olivella, Germán Espejo, Ingrid Joanna Martínez, Dir. Op Z3, Mateo Borrero, Andrés Arévalo, Pablo C. Botero y Luis F Andrade G Z3:

"Orden del día:

- *Definición de alcance del Contrato.*
- *Entrega de documentos técnicos*

Desarrollo:

La EAB-ESP hace entrega de los documentos técnicos que definen el alcance del contrato de obra:

- a) Plano general Red de Alcantarillado Sanitario*
- b) Plano general Red de Alcantarillado Pluvial*
- c) Formulario de cantidades de obra Red de Alcantarillado Sanitario*
- d) Formulario de cantidades de obra Red de Alcantarillado Pluvial*
- e) Formato de parámetros de diseño (ininteligible)*
- f) Alcance del proyecto. Resumen técnico y justificación de prioridades de intervención"*

A folios 130 y 131 del Cuaderno de Pruebas No. 1 se lee textualmente:

*"(...) Con estas características urbanas, de servicios públicos existentes, de condiciones de movilidad peatonal y vehicular y de importancia comercial y de servicios de salud que se prestan en este corredor vial local, **no es viable desde le punto de vista social ambiental y económico ejecutar las obras del proyecto, aplicando el proceso de construcción de excavación abierta,** salvo que las redes de alcantarillado se encuentren totalmente colapsadas y que no se disponga de otro corredor de servicios diferente al andén de la Calle 6ªA.(...)*

(...)

"Teniendo en cuenta los anteriores antecedentes discutidos y analizados en varias reuniones con el Contratista de Obra, la Interventoría del Contrato, el Consultor de los diseños y el Consultor interventor de los diseños, se define el Alcance del Contrato para la ejecución de las obras, que tiene como objetivo principal resolver los problemas de operación identificados y disminuir en gran medida los impactos urbanos, ambientales y sociales y los costos de construcción del proyecto".

La ayuda de memoria, tal y como el propio Contrato, divide en dos las obras: la primera, la rehabilitación de la red de alcantarillado sanitario y, la segunda, la rehabilitación de la Red de Alcantarillado Pluvial.

Para la ejecución de la primera, a su vez, la obra se divide en dos:

74 Folios 127 a 129 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

1.1 Rehabilitación de la red de alcantarillado con excavación abierta para *“aquellos tramos de la red de alcantarillado sanitario existente que presentan colapso estructural, falla del servicio y deficiencias de operación”*⁷⁵.

1.2. Rehabilitación con Tecnología sin zanja *“Rehabilitación de la red de alcantarillado sanitario existente en los siguientes corredores viales”*⁷⁶.

Para la red de Alcantarillado Pluvial la *“rehabilitación de aquellos tramos de la red de alcantarillado pluvial existente que presentan colapso estructural falta de servicio y conectados al interceptor izquierdo del canal Fucha.”*⁷⁷.

Y concluye la ayuda de memoria que *“con lo anterior se definen los tramos de red de alcantarillado que deben ser intervenidos con el presente contrato de obra dado que los diseños del Barrio Marsella contemplan la intervención de la totalidad de las redes de alcantarillado del barrio, pero los contratos solamente cubren una primera fase”*.

En esta segunda etapa a partir del 24 de agosto de 2015 resulta especialmente importante identificar no solamente los efectos legales de la ayuda de memoria sino la conducta desplegada por cada uno de los contratantes a partir de esa fecha.

En primer lugar, resulta claro que en ese documento el representante del Consorcio contratista, el interventor y los funcionarios de la EAAB que participaron en la reunión, sin dejar salvedad alguna a su contenido, aceptan que se definió el alcance del contrato y por ello no podrían ahora ni la EAAB ni el Consorcio desconocer los efectos de lo dicho en aquella reunión o darle un alcance diferente⁷⁸.

Así las cosas, aun cuando este documento no es el acta de inicio, lo que sí es evidente es que a partir de esa fecha existían parámetros técnicos claros para iniciar la obra, por lo menos parcialmente, conforme al siguiente análisis:

En la ayuda de memoria en el numeral 2 se señalan las obras a ejecutar en la rehabilitación de la red de alcantarillado pluvial con excavación abierta.

En el numeral 1 de la ayuda de memoria se establecen las áreas de rehabilitación de la red de alcantarillado sanitario, las cuales se dividen en dos: Para una longitud mínima se define el método de excavación abierta y para el mayor porcentaje de estas obras se señala como método constructivo *“rehabilitación con tecnología sin zanja”*.

⁷⁵ Folio 131 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁷⁶ Folio 131 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁷⁷ Folio 131 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁷⁸ Folio 127 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

Lo anterior no dista en nada del entendimiento inicial del contratista, en cuanto fue precisamente a partir del 11 de noviembre de 2015 que inició el trámite de solicitud de permisos ante las diferentes autoridades.⁷⁹

Si bien ni en el contrato ni en la propuesta ni en el clausulado se hace una mención expresa al método constructivo y la obligación del contratista es claramente una obligación de resultado, vale la pena analizar el alcance legal de esta modificación en el método constructivo en cuanto la parte convocante sustenta sus pretensiones en esta circunstancia.

Se señaló, que en el Anexo 7⁸⁰ correspondiente a la definición del valor de la obra se mencionan en diversas oportunidades actividades de excavación y algunas a ellas relacionadas y que adicionalmente estas obras están cotizadas por metro cúbico. En tal sentido entonces, si bien la EAAB contrató la ejecución de una obra, con total prescindencia del método que hubiere escogido y señalado el contratista y su interés era obtener la rehabilitación oportuna de esas redes, es manifiesto que el valor del contrato por precios unitarios y la remuneración respecto del cual recae el consentimiento mutuo de las partes, tuvo en consideración un método de construcción definido como método de zanja abierta.

Por tal razón en aplicación del principio contemplado en el artículo 1602 del Código de Civil⁸¹ del carácter vinculante y obligacional del contrato mientras no se modifique por voluntad de las partes, no le era dable a ninguna de las dos modificarlo sin el consentimiento de la otra, pero en cuanto el método constructivo no era el objeto mismo del contrato ni sobre éste recayó el consentimiento, se precisa determinar si estaba eximida la contratista de ejecutar la obra utilizando un método constructivo diferente sin que previamente se hubiere revisado el efecto de dicho cambio en la remuneración o contraprestación o si por el contrario estaba obligada a ejecutar la obra porque había asumido íntegramente el riesgo constructivo.

En el documento adjunto a la ayuda de memoria del 24 de agosto de 2015 se dice que existían razones de conveniencia social, ambiental y económica que no aconsejaban la ejecución de la obra con el método de excavación por zanja abierta⁸².

Aunque la ayuda de memoria del 24 de agosto de 2015 no es el instrumento legal para modificar el contrato respecto de una parte de la obra, el Tribunal concluye que se produjeron los siguientes efectos:

79 Folios 139 a 140 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

80 Folios 612 a 620 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

81 Artículo 1602: Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

82 Folios 130 a 131 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

- Se define el alcance del contrato y las áreas a intervenir, y no sustituye el acta de inicio. Esta afirmación la confirma la interventoría del contrato en comunicación de marzo de 2016 en la cual manifiesta que *“como es de conocimiento de las Partes, a la fecha aún no se ha suscrito el acta de inicio del contrato de obra ni de interventoría”*⁸³.
- Se establecen tanto las áreas de rehabilitación de la red de alcantarillo pluvial y sanitaria tanto con excavación abierta como sin zanja, lo que implicaba modificaciones contractuales atendiendo que parte de las obras se ejecutarían con un método constructivo diferente al que se derivaba de los términos de la invitación, lo que significaba pactar un precio unitario nuevo y adelantar los trámites correspondientes para ello.
- Es el punto de partida para la solicitud de los permisos y autorizaciones ante las diferentes entidades ambientales, empresas de servicios públicos, etc. requeridos para acometer las obras.⁸⁴

El Tribunal considera entonces que a partir del 24 de agosto de 2015 y respecto de las obras indicadas en dicha ayuda de memoria para las redes de acueducto pluvial y los 181 metros del acueducto sanitario con zanja abierta, habrían podido iniciarse las obras, desde luego, previo el cumplimiento de un gran número de obligaciones y requisitos, como adelante se verá, especialmente en el capítulo en el que se trata la conducta de la Contratista.

Así parece además haberlo entendido el propio contratista en cuanto en la correspondencia enviada a las diferentes entidades se refiere expresamente a permisos o licencias de excavación⁸⁵, de las cuales surge la conclusión de una intención inicial de desarrollar todas las obras en los términos señalados en dicha ayuda de memoria.

En el mismo sentido la EAAB en comunicación de febrero 16 de 2016 se dirige al IDU para solicitarle *“se expida a la mayor brevedad posible la licencia de excavación con el propósito de dar inicio a las obras propuestas”*⁸⁶.

En efecto, el 19 de febrero de 2016 el IDU concede la licencia de excavación solicitada y mediante resolución 00732 del 15 de junio de 2016 *“se autorizó el POC requerido para la ejecución del proyecto Construcción y rehabilitación de los sistemas de alcantarillado sanitario y pluvial del barrio Marsella de la zona 3 de la*

83 Folios 139 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

84 Folios 141 a 150 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

85 Carta a IDU enero 25 de 2016. Folio 168 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

86 Folio 186 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

EAAB Fase 1⁸⁷ y mediante resolución 01110 de 2016 se autorizó la tala de los doce árboles y el traslado de 10 individuos arbóreos.⁸⁸

Sin embargo, la ausencia del acta de inicio formal, que se reitera nunca se firmó, le impedía al contratista acometer aún esa parte de la obra que conforme a la ayuda de memoria se ajustaba al método constructivo cotizado y dificultaba también contabilizar el plazo de los 8 meses de ejecución a partir de la obtención de los permisos de las demás autoridades para acometer las obras y en ese sentido es imposible también determinar un posible incumplimiento por parte del contratista y la fecha desde la cual se constituiría en mora. En estricta aplicación de lo previsto en la cláusula octava del Contrato, el plazo se debería empezar a contar desde la fecha del acta de inicio y la propia conducta de la EAAB así lo indica porque de haber considerado que era desde la obtención de los permisos, la mora hubiere ocurrido desde ese momento y ha debido proceder a declarar incumplido el contrato al vencimiento del 8º mes después de la obtención de la última de las autorizaciones necesarias para viabilizar el proyecto y ello no ocurrió.

Ahora bien, respecto de las redes que la EAAB requería ahora ejecutar sin zanja, por medio de una carta de 1 febrero de 2016, el representante legal del Consorcio Marsella informó a la interventoría, con copia al supervisor del contrato:

"(...) conforme al Proyecto de Acta de Modificación que se anexa al presente, se está ejecutando únicamente un valor total que equivale al 14% de lo pactado contractualmente como puede ver en el BALANCE DEL CONTRATO, valor el cual corresponde a la suma de 673 millones, que a precio directo considerando el AIU, equivaldría a poder ejecutar solamente 539 millones. A pesar de no ser despreciable esta cifra, se presenta el inconveniente de que la mayor parte de las posibles actividades contractuales a ejecutar, requieren de actividades extras, cuyos precios motivos de la presente están por aprobar y generan la presentación de los APUs que nos ocupa. Este hecho, como entenderá, hace aún más difícil iniciar el contrato y vuelve URGENTE la revisión y posterior aprobación de los ítems extras que equivalen al 86% restante.

(...)

(...) se presenta un PROYECTO DE ACTA DE MODIFICACION ACTUALIZANDO LOS PRECIOS CONTRACTUALES A LOS PRECIOS SAI, considerando los incrementos en el mercado de la mano de obra y materiales, dado el hecho del tiempo transcurrido desde la adjudicación a la fecha, VARIACION que equivale al 8% respecto a los precios contractuales y refleja el paso del tiempo 13 meses - y siendo justos no es muy grande si se considera la inflación, le devaluación y la variación del dólar en el último año."⁸⁹

Si bien la obligación del contratista era entregar una obra terminada y el método constructivo no estaba definido en el contrato, cumplir bajo un método diferente, podría resultar gravoso para el contratista que no estaba obligado a soportar los efectos económicos de acometer la obra con un método diferente mientras no se le

87 Memorando interno 2420020163549 junio 23 de 2016. Folio 3012 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

88 Resolución 01110 de la dirección de control ambiental de la Secretaría de Ambiente. Folio 326 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

89 Folios 172 a 174 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

reconociera o aceptara la modificación de los precios, y en tanto no se le aprobara la modificación del precio unitario, ni se le diera la orden de iniciar la obra con la firma del acta respectiva.

Mediante oficio de 4 de marzo de 2016, la interventoría R y R consultoría e Ingeniería SAS, le informo a Luis Fernando Andrade Barrios Gerente Zona 3 EAAB:

"En anteriores reuniones sostenidas entre el Acueducto, el contratista de obra y ésta interventoría, se ha analizado la posibilidad de modificar el procedimiento constructivo necesario para ejecutar los trabajos. Sin perjuicio de las consideraciones técnicas desde el área de ingeniería que pudieran aconsejar el cambio del procedimiento constructivo, esta interventoría considera conveniente realizar varias observaciones puntuales sobre el estado del contrato y la posible modificación al mismo que se ha venido tratando verbalmente en tales reuniones.

(...)

La decisión de modificar el procedimiento constructivo del Contrato de Obra y la consecuente modificación de varios de los precios unitarios del mismo, ya se ha prolongado demasiado tiempo. A la fecha, la interventoría no ha obtenido del Acueducto, formalmente una decisión en uno u otro sentido respecto de la posible modificación del Contrato.

Consideramos que luego de más de un año, que no se ha definido y acordado la viabilidad técnica, financiera y jurídica de la modificación de los Contratos, se pone en riesgo la ejecución de los mismos y empiezan a generarse contingencias económicas y legales para la Entidad Contratante

*Consideramos que luego de más de un año, que no se ha definido y acordado la viabilidad técnica, financiera y jurídica de la modificación de los Contratos, se pone en riesgo la ejecución de los mismos y empiezan a generarse contingencias económicas y legales para la Entidad Contratante."*⁹⁰

Por medio de un oficio de 9 de agosto de 2016, el representante legal del Consorcio Marsella informó a la interventoría R y R consultoría e Ingeniería SAS:

"(...) se sirva gestionar ante la EAB los trámites necesarios para realizar el acta del asunto para el contrato de la referencia, con el fin de legalizar los diferentes cambios que se presentan en el mismo, como es el procedimiento de construcción de las obras; cambios que obedecen a que al realizarse las obras a cielo abierto como está contratado se tendría una alta complejidad en la ejecución debido a la infraestructura existente en la zona con todas las redes de servicios públicos incluidas redes lógicas y de TV por cable y vías bajo control del IDU en buen estado de conservación dado el hecho de tratarse de un barrio consolidado.

(...)

Ante estos eventos y el complejo panorama de intervención contratada, como es de su conocimiento discutimos y analizamos junto con la Supervisión el emplear nuevas tecnologías para disminuir el impacto ambiental, social y los altos costos que se generarían, evaluándose otras alternativas como es la utilización de la rehabilitación de la red de alcantarillado mediante la tecnología

90 Folios 193 a 197 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

sin zanja, que disminuye los impactos urbanos, sociales y ambientales en un alto porcentaje al utilizar el conducto existente para rehabilitar la tubería.

Teniendo en cuenta los anteriores antecedentes, y después de varias reuniones, entre las partes involucradas, se definió utilizar la tecnología sin zanja que ya ha venido siendo utilizada por la Empresa en varios proyectos de la Ciudad con mucho éxito y con costos razonables.”⁹¹

La tercera etapa que puede ubicar el Tribunal corresponde al lapso ocurrido entre la obtención de la última autorización de excavación en febrero del año 2016⁹² y el mes de marzo del año 2017.

La correspondencia cruzada entre las partes, los testimonios rendidos en el proceso y las afirmaciones en la demanda reformada y en la de reconvención, permiten concluir que la contratista se concentró en la solicitud de modificación del contrato y revisión de precios⁹³, soportada tanto en las manifestaciones del ingeniero Lucas Olivella como en las consideraciones de la interventoría sobre la posible modificación del contrato:

“La decisión de modificar el procedimiento constructivo del Contrato de Obra y la consecuente modificación de varios de los precios unitarios del mismo, ya se ha prolongado demasiado tiempo. A la fecha, la interventoría no ha obtenido del Acueducto, formalmente una decisión en uno u otro sentido respecto de la posible modificación del Contrato.

Consideramos que, luego de más de un año, que no se ha definido y acordado la viabilidad técnica, financiera y jurídica de la modificación de los Contratos, se pone en riesgo la ejecución de los mismos y empiezan a generarse contingencias económicas y legales para la Entidad Contratante.”⁹⁴

La conducta de la EAAB durante ese mismo período se caracterizó por la ausencia, la indefinición y la dilación en decidir si continuaba con el contrato y exigía su cumplimiento, si accedía a revisar los precios, si hacía uso de la cláusula penal o si lo daba por terminado.

No se encuentra tampoco actuación en desarrollo de la cual alguna de las partes hubiere insistido en la firma del acta de inicio del contrato y en su lugar, a folio 427 del Cuaderno de Pruebas No. 1 se registra “Solicitud Modificación No. 1” del contrato de obra en la que se dice que “*el presente informe tiene como objetivo solicitar a la gerencia corporativa servicio al cliente la modificación No. 1 del Contrato de Obra*”, documento en el cual la interventoría, el supervisor del contrato y el representante del consorcio exponen las razones técnicas y de procedencia de la modificación. El documento carece del visto bueno del Gerente Zona 3 y del visto bueno del Gerente Corporativo servicio al cliente.

91 Folios 341 a 342 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

92 En el curso del año 2016 la contratista presentó el Plan de Gestión Social el marzo 3 de 2016 – folios 254 a 273 del Cuaderno de Pruebas No. 1 - el reglamento de higiene y seguridad social el 16 de diciembre de 2016.

93 Cartas febrero 1 y 2 de 2016. Folios 179-180 y ss del Cuaderno de Pruebas No. 1.

94 Folios 194 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

En concordancia con la anterior solicitud, el contratista además reitera que *“con el objeto de viabilizar la ejecución de las obras solicita adelantar todas las acciones que sean pertinentes para determinar el alcance definitivo y las obras que finalmente deben realizarse, así como restablecer el equilibrio económico del contrato”*⁹⁵.

Así las cosas, ni el contratista manifestó voluntad de cumplir el contrato mientras no se modificaran los precios unitarios o se le reconocieran los efectos económicos del cambio de método ni la empresa le exigió su cumplimiento.

Solamente mediante oficio S-2017-043317 de 1 de marzo de 2017⁹⁶ dirigido al representante legal del Consorcio Marsella por parte del Gerente Corporativo de Servicio al Cliente EAAB, la Entidad le informa al contratista:

“El alcance del contrato fue definido en el mes de agosto de 2015, en reunión celebrada en la Gerencia Zona 3, en la cual se establecieron los tramos de las redes de alcantarillado sanitario y pluvial existentes en el barrio Marsella que serán objeto de intervención, estableciendo el orden de prioridad de las obras a ejecutar.

(...)

“Para restablecer el equilibrio económico del contrato de obra se deberá aplicar la metodología de actualización de precios con base en el IPC (Índice de Precios al Consumidor) y/o IPP (Índice de Precios al Productor) (...) Desde el punto de vista legal no es viable la revisión de precios del contrato para restablecer el equilibrio económico (...)”

Esta decisión fue reiterada por la EAAB a la interventoría en comunicación de marzo 14 del año 2017:

“1. Mediante comunicación S-2017-043317, del 10 de marzo de 2017, la EAB-ESP dio respuesta a las solicitudes presentadas por el contratista Consorcio Marsella, relocalizando y redefiniendo el procedimiento constructivo que se debe aplicar para rehabilitar la red de alcantarillado sanitario de uno de los ramales existentes en el barrio Marsella y definiendo el procedimiento que se debe adelantar para actualizar los precios del contrato de obra para garantizar el equilibrio económico del contrato.

2. La Redefinición del procedimiento constructivo que se debe aplicar para rehabilitar la red de alcantarillado sanitario existente en la calle 6A, entre carreras 69 y 71 C, fue acordada en visita técnica realizada al sitio de las obras por el Gerente Corporativo Servicio Al Cliente, el Director de Apoyo Técnico, el Supervisor del Contrato de Estudios y Diseños del barrio Marsella y el Supervisor del contrato de obra del asunto. Esta decisión quedó consignada en nuestra comunicación S-2017-043317 dirigida al contratista Consorcio Marsella.

3. Es importante precisar que el alcance del contrato de obra fue definido en reunión realizada en las instalaciones de la EAB-ESP el 24 de agosto de 2015, en la que se estableció el orden de prioridad de las obras que se deben ejecutar en el presente contrato. Este alcance y orden de prioridad se mantiene, solamente deben incorporarse los cambios de relocalización y redefinición del

95 Carta de octubre 31 de 2016. Folio 473 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

96 Folios 480 a 481 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

procedimiento de construcción de la red de alcantarillado sanitario existente en la calle 6A, entre carreras 69 y 71 C, como se indica en el oficio dirigido al Contratista de Obra. El alcance general del contrato de obra fue entregado en la fecha indicada tanto al contratista Consorcio Marsella como a la interventoría RyR Consultarla e ingeniería SAS.

4. En nuestra comunicación S-2017-043317 dirigida al Consorcio Marsella se define la metodología que se debe adelantar para actualizar los precios del contrato y garantizar el equilibrio económico del contrato de obra, dados los retrasos en el inicio de las obras con respecto a la fecha de firma del contrato de obra.”⁹⁷

Para el Tribunal, entonces, la fecha del 1 de marzo de 2017 tiene consecuencias jurídicas evidentes en tanto, solo en esa oportunidad la EAAB, le manifiesta al Consorcio que la obra se ejecutaría con el método de zanja abierta de forma contraria a lo que se había señalado en la reunión de 24 de agosto de 2015, y agrega que los permisos para acometer la obra a zanja abierta se habían obtenido y que reconocería el reajuste en los precios unitarios, “dados los retrasos en los inicios de las obras” con base en el IPC pero sin que hubiera lugar al restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Si bien entre el 24 de agosto de 2015 y marzo de 2017 existió una expectativa de modificación de los precios unitarios, la EAAB en el año 2017 define esta situación y la contratista el 27 de marzo del mismo año le solicita a la Entidad considerar el reajuste también del aumento en el porcentaje del IVA aplicado a los insumos del contrato y el aumento del salario a partir de enero de 2017:

“Al respecto, proponemos que el valor de ajuste adicional por concepto del incremento del porcentaje del IVA, se calcule multiplicando el 3% de incremento del IVA, aplicado al costo directo de las obras del contrato, que son los rubros contractuales sujetos a la aplicación del IVA y que se ven directamente afectados por el incremento del impuesto”

(...)

“Proponemos que el valor de ajuste adicional por concepto del incremento del salario mínimo para el año 2017, se calcule multiplicando el 7% de incremento general de salarios, aplicado al porcentaje de Administración del contrato, costos, gastos y administrativos que son determinados fundamentalmente por el personal que labora para el contrato y por tanto quienes se afectan por este asunto de salarios y sus costos conexos a partir del 1 de enero de 2017”⁹⁸

Mediante oficio de 22 de mayo de 2017 del Representante legal del Consorcio Marsella dirigido al Gerente Corporativo de Servicio al Cliente de la EAAB, le informa:

“(…) habida cuenta que ha transcurrido un tiempo considerable entre la fecha de suscripción del Contrato 1-01-33100-01025-2014 y la actual, 22 de mayo de 2017, sin que hasta ahora se hayan adoptado por parte de nuestro Contratante las decisiones y acciones que permitan la continuidad de las obras contratadas, con lo cual resulta razonable y necesario que se proceda a la actualización de los precios del contrato afectando a los precios unitarios pactados con la variación del índice del IPC (Índice de Precios al Consumidor) y además

97 Folios 482 a 484 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

98 Folios 485 a 486 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

procediendo a revisar las afectaciones a dichos precios contractuales por aspectos particulares como es el incremento del IVA que rige desde el 1 de enero de 2017 y los costos y gastos en los cuales ya hemos incurrido hasta ahora, por medio del presente escrito les solicitamos que de manera URGENTE se proceda a formalizar los ajustes precitados y acordados a fin de proceder de INMEDIATO a dar continuidad a las obras contratadas.

Sobre el asunto nos permitimos recordar que ya hemos celebrado distintas reuniones con la EAB donde claramente se nos ha manifestado su conformidad con la actualización de los precios del contrato, al menos por el período antes mencionado que va desde el mes de octubre de 2014 y hasta el mes de marzo de 2017 (último mes para el que hemos presentado los índices del IPC), periodo de tiempo para el que se obtiene un valor que equivale a 1,1621, valor que expresado en términos porcentuales es de un 16,21%, y que resulta de la relación que existe entre el valor del IPC para el mes de marzo de 2017, emitido por el DANE y que es 136,76, y el valor del IPC para el mes de octubre de 2014, emitido por el DANE y que es 117,68 - 136,76/117,68.

En ese orden de ideas y aunque ya la EAB nos ha expresado su conformidad con nuestras peticiones de compensación por el incremento del IVA y los costos y gastos en los cuales hemos incurrido hasta ahora, con el objeto de facilitar y viabilizar el inicio pronto de las obras del contrato, atentamente les pedimos que a la mayor brevedad posible la EAB proceda a formalizar lo que ya ha aceptado.1. en especial en cuanto hace a la actualización de los precios unitarios del contrato con la variación de los índices del IPC, formalización de este acuerdo previo que debe realizarse ya mismo a través del otrosí contractual pertinente, para de igual forma proceder sin más demoras a la elaboración y suscripción del Acta de 1 inicio del Contrato y la consecuente realización de las obras del mismo y la terminación exitosas y logro del objeto contractual.

Lo anterior no obsta para que nuestras solicitudes por resolverse, relativas al incremento del IVA y los costos y gastos en los cuales hemos incurrido hasta ahora, también deban abordarse y conciliarse con máxima premura, decisiones de la EAB que esperamos conocer y acordar de ser posible en el mismo tiempo que toma la elaboración y suscripción de la modificación contractual mediante la cual se actualizan los precios unitarios del contrato, permitiéndonos así a todos el normal desarrollo de las obras a nuestro cargo.

Y dado que en repetidas veces la EAB ya nos ha informado que la actualización de los precios unitarios por el IPC esté por formalizarse en plazos precisos, que luego sucesivamente se han postergado, respetuosamente solicitamos a nuestro Contratante que nos indique la fecha pronta y precisa en la cual formalizará el acuerdo que en conjunto hemos alcanzado sobre este asunto, así como la fecha máxima en la cual dará una respuesta a las peticiones sobre las afectaciones al contrato causadas por el aumento del IVA y los costos y gastos en los cuales hemos incurrido hasta ahora y que siguen pendientes de reconocimiento y pago, confirmación de lo acordado y respuestas que consideramos no pueden realizarse por parte de la EAB más allá del próximo viernes 26 de mayo de 2017.

Por el contrario, si hasta esa fecha no hemos recibido una debida respuesta por parte de la EAB, entenderemos que a nuestro Contratante ya no le asiste la intención de cumplir con lo pactado en el Contrato 1-01-33100-01025-2014 y lo acordado en cuanto a la actualización de los precios unitarios por el IPC, y en consecuencia, que habiéndose agotado la etapa de búsqueda de una solución directa entre las partes, desafortunadamente no nos queda opción distinta a procurar una solución al caso, el efectivo ejercicio de nuestros derechos y la defensa de nuestros intereses, acudiendo a otras instancias y alternativas de solución de estas insalvables controversias contractuales, en principio

acudiendo al mecanismo de CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA ANTE LA PROCURADURÍA, para lo cual el presente escrito cumple la función de aviso previo a la EAB, dando así cumplimiento al requisito de procedibilidad de que trata el artículo 37 de la Ley 640 de 2001.”⁹⁹

Se concluye que como no se firmó el acta de inicio, ni se reajustaron los precios, el contrato no se ejecutó.

4.3. Obligaciones de las partes en desarrollo del Contrato

Según se señaló, el Contrato de obra celebrado por la EAAB con el contratista se rige por las normas del derecho privado, por sus propios postulados y por las disposiciones del Manual de Contratación de la Entidad, vigentes al tiempo de su celebración.

Así las cosas, es importante reseñar las principales obligaciones de cada una de las partes conforme al texto del contrato y posteriormente la conducta que desplegaron en su desarrollo.

La Cláusula Novena contempla las obligaciones generales de las partes que se resumen en *“cumplir con el objeto del contrato de conformidad con las condiciones de calidad y oportunidad establecidas en las Condiciones y Términos de la invitación, el anexo técnico, la oferta, el contrato, y los documentos que hacen parte de este y del sistema de gestión de calidad.”*¹⁰⁰

4.3.1. Obligaciones de la EAAB

La principal obligación de la Entidad está reflejada en la Cláusula Cuarta en los siguientes términos: *“El acueducto de Bogotá pagará al contratista el valor del contrato de acuerdo a lo indicado en los datos del Contrato”.*¹⁰¹

A su vez, los datos del contrato establecen en cuanto a la forma de pago que:

“ACUEDUCTO DE BOGOTÁ pagará al CONTRATISTA el valor del contrato por avance mensual de obra, previa presentación de las actas de pago parcial acompañadas del informe y de los soportes de cuenta respectivos aprobadas por el interventor y corresponderán al valor que resulte de multiplicar las cantidades de obra ejecutadas por los precios unitarios relacionados en el formulario No.1, las cuales se cancelarán dentro de los treinta (30) días calendarios siguientes a su radicación. Las actas se deberán aprobar por EL SUPERVISOR dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al vencimiento del respectivo mes de ejecución y dentro de los dos (2) días siguientes a la aprobación del acta de pago parcial, el CONTRATISTA deberá radicar la factura en las ventanillas de la Empresa dentro de los plazos establecidos, simultáneamente el SUPERVISOR deberá elaborar la entrada de mercancía

⁹⁹ Folios 489 a 490 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

¹⁰⁰ Folio 99 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

¹⁰¹ Folio 98 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

correspondiente. El último pago se efectuará una vez el CONTRATISTA cumpla con los requisitos para la liquidación del contrato.”¹⁰²

El formulario 1 A y 1 B establecen la lista de cantidades y precios para calcular el valor del contrato por avance mensual de obra.

En la Cláusula Novena, en las obligaciones específicas de la contratante se lee:

- “1. Pagar el valor del contrato en la forma y oportunidad*
- 2. Suministrar en forma oportuna la información solicitada por el CONTRATISTA.*
- 3. Resolver las peticiones presentadas por el CONTRATISTA.*
- 4. Cumplir y hacer cumplir las obligaciones pactadas en el contrato y en los documentos que hagan parte.*
- 5. Realizar auditorías de segunda parte, si la empresa lo considera necesario, con el propósito de evaluar de manera objetiva el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias referente a: medio ambiente, salud ocupacional y seguridad industrial, sistema de calidad, urbanismo, aspectos técnicos, económicos y jurídicos de acuerdo con las condiciones y términos de la invitación del objeto contratado.”¹⁰³*

En concordancia con la obligación anterior, la Entidad debía una vez *“perfeccionado el contrato”* entregar a la fiduciaria dentro de los 10 días siguientes al perfeccionamiento del encargo fiduciario *“una suma equivalente al porcentaje del valor total del contrato señalado en los datos del contrato”* que conforme a los datos del mismo, era equivalente al 15% de su valor.

Adicional al pago, en el texto del contrato se pactan obligaciones que surgen de su naturaleza como la obligación de la Entidad de definir el alcance del contrato para iniciar las obras, controlar la ejecución física a través del cronograma, la fijación de un cronograma (cláusula décimo segunda) y la entrega a la Contratista de las zonas de trabajo¹⁰⁴, obligación esta última de la cual se deriva la definición por parte de la Entidad del alcance del Contrato.

4.3.2. Obligaciones de la Contratista

A partir de la Cláusula Novena del contrato se señalan en 28 numerales las obligaciones específicas del contratista, dentro de las cuales, para efectos del estudio, se subrayan las siguientes:

- “1. Cumplir con el objeto del contrato de conformidad con las condiciones de calidad y oportunidad establecidas en las Condiciones y Términos de la invitación (...)*
- 2. Responder por la calidad de la obra a realizar (...)*

¹⁰² Folio 106 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

¹⁰³ Folio 101 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

¹⁰⁴ En la Invitación Pública se dice: *“El CONTRATISTA recibirá por parte del ACUEDUCTO DE BOGOTÁ y con participación de la INTERVENTORÍA, las zonas de trabajo”*. Folio 54 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

3. *Presentar y satisfacer en el plazo establecido en las Condiciones y Términos de la Invitación, los documentos y requisitos de orden técnico exigidos como condición previa e indispensable para suscribir el acta de iniciación del contrato.*
4. *Programar las actividades que deba desarrollar para el cumplimiento del objeto del contrato y entregar el cronograma estimado de obra.*
- (...)
13. *Tramitar las licencias y permisos necesarios para la ejecución de las obras ante las autoridades competentes (...)*
18. *Acatar las instrucciones que durante el desarrollo le imparta el ACUEDUCTO DE BOGOTÁ.*
19. *Obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales evitando dilaciones y entramamientos."*

4.4. La conducta de las partes

El marco general del desarrollo de cualquier contrato lleva implícita la voluntad de las partes de cumplir con sus obligaciones en los términos en que fueron contraídas:

*"Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella."*¹⁰⁵

Así, la conducta de las partes se constituye en un determinante necesario para concluir si efectivamente el contrato se cumplió en los términos en que fue celebrado y en caso contrario, para determinar si el incumplimiento parcial o total tuvo origen en actos u omisiones de los contratantes, si fue unilateral o recíproco y finalmente si de dichas conductas surgen perjuicios indemnizables.

Tal y como se ha venido señalando por el Tribunal al analizar cada uno de los aspectos y elementos del Contrato, es claro concluir que éste se perfeccionó, pero nunca se ejecutó. Ahora, es necesario definir las causas de esa inejecución o si el primer motivo efectivamente tuvo origen o fue causado por la conducta de una sola de las partes o consentida y propiciada por ambas.

4.4.1. La conducta de la EAAB

Sea lo primero recalcar que a la EAAB le asistía un deber que va más allá del propio clausulado y que se relaciona con la obligación que surge de su condición de empresa prestadora de un servicio público, porque para garantizar los fines para los que fue instituida, sus procesos de contratación si bien regidos por el derecho privado deben estar acompañados de la aplicación de los principios de planeación, selección objetiva, máxima diligencia y oportuna vigilancia que le permitan exigir del contratista la oportuna ejecución de la obra contratada en beneficio del bienestar y en este caso la salud de los habitantes.

Esta conducta puede analizarse, además, desde dos puntos de vista: el deber de colaboración con el contratista en la pronta atención y definición de los aspectos necesarios para ejecutar el contrato, la solución a los posibles entramamientos o

105 Artículo 1603. Código Civil.

solicitudes del contratista, la presencia continua y oportuna en la ejecución de la obra y la vigilancia del desarrollo del contrato. En términos generales, podría afirmarse que la Entidad debe desplegar una serie de obligaciones de hacer que son accesorias al objeto mismo del acuerdo pero cuyo oportuno cumplimiento busca garantizar la ejecución contractual en los términos en que ésta fue convenida.

El segundo deber que le asiste a la Entidad, cuya finalidad también está encaminada a la ejecución contractual, es la aplicación de aquellas cláusulas mediante las cuales está facultada para apremiar al contratista a cumplir, tales como las Multas de Apremio, la Penal Pecuniaria y la solicitud de la declaración de incumplimiento ante el juez del contrato, con la correspondiente indemnización de perjuicios.

“CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA – MULTAS DE APREMIO: En caso de mora o incumplimiento parcial en cualquiera de las obligaciones a cargo del CONTRATISTA durante la vigencia del contrato y sin perjuicio de la cláusula penal pecuniaria, el ACUEDUCTO DE BOGOTÁ tendrá por incumplido definitivamente el contrato, lo dará por terminado y procederá a hacer efectivas las obligaciones del caso.

CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA - PENAL PECUNIARIA: En caso de incumplimiento grave y definitivo del contrato, se causará a cargo del CONTRATISTA una pena pecuniaria equivalente al DIEZ por ciento 10% del valor del contrato, como estimación anticipada y parcial de los perjuicios que cause al ACUEDUCTO DE BOGOTÁ. El pago de la pena no extingue para el CONTRATISTA el cumplimiento de la obligación principal. El ACUEDUCTO DE BOGOTÁ se reserva el derecho de cobrar perjuicios adicionales por encima del monto pactado, siempre que los mismos se acrediten.”

De la redacción de las cláusulas se concluye que su inclusión no se pactó como una facultad discrecional potestativa sino como una obligación de carácter imperativo en cuanto se establece en futuro perfecto que “se tendrá por incumplido”, “lo dará por terminado” y “se causará”. Distinta sería la conclusión si se hubiere establecido que la Entidad podría o tendría la facultad pues esas expresiones reflejarían una facultad potestativa.

Adicionalmente, se considera que la Entidad en ejercicio de sus funciones debe aplicar estas atribuciones cuando están pactadas o impuestas por la ley, dado el servicio público involucrado en la ejecución del contrato, porque resulta a todas luces evidente que el incumplimiento de las obligaciones trasciende más allá de los intereses de las partes contratantes, al usuario del servicio público y en esa medida considera el Tribunal que en cuanto haya incumplimiento total o parcial del contratista, la Entidad está en la obligación de apremiar el cumplimiento, convirtiéndose esta cláusula en un deber derivado de la satisfacción oportuna y de la naturaleza del servicio a cargo de la Entidad.

Revisado el acervo probatorio allegado al proceso, concluye el Tribunal que la EAAB incumplió con sus deberes secundarios de conducta en la ejecución del contrato y que su incumplimiento fue causa eficiente para la inejecución oportuna del contrato.

En primer lugar, aparece probado que la EAAB en desarrollo del deber de planeación, contrató los diseños iniciales de la obra¹⁰⁶ y que fueron éstos los entregados al contratista para la rehabilitación de las redes. No obstante lo anterior, fue la propia Entidad la que en el devenir del contrato señaló a través de sus funcionarios que con esos diseños no era posible ejecutar la obra en los términos en que fue contratada:¹⁰⁷

“SR. OLIVELLA: Bueno, el contratista argumenta una serie de factores dentro de esas le volvemos a redefinir el alcance, le volvemos a decir mire tenemos que ponernos a reunir, no podemos tramitar esa modificación, revisemos nuevamente el tema, entramos en conversaciones, entramos en revisiones y le volvemos a decir, vamos a ir a tratar de ejecutar el contrato pero con las condiciones originales, se convoca una visita técnica con altos funcionarios de la empresa y en el sitio se concluye de que como estaba previsto el diseño no se puede ejecutar de todas formas para poderlo hacer con el contrato original como ésta, hay que reubicar y ejecutar el contrato por un corredor paralelo o sea, anteriormente la regla había que ... (Interpelado)

DRA. MESA: Perdón usted acaba de decir que como estaba no se podía ejecutar, como estaba inicialmente no se podía ejecutar?

SR. OLIVELLA: No se podía ejecutar como estaba originalmente porque implicaba mover redes que costaban más que el valor del contrato, o sea, para yo poder hacer la rehabilitación de la red de alcantarillado en los corredores como los habíamos diseñado previamente tenía que mover la red de agua potable, la red de energía, la red de fibra óptica, impactar comercios de restaurantes, clínicas, movilidad y eso tenía un costo muy alto para la empresa, para el Acueducto de Bogotá.”¹⁰⁸ (subrayas del Tribunal)

En efecto, en el año 2013 la EAAB contrató la elaboración de unos diseños de obra para la rehabilitación de las redes del barrio Marsella, el contrato se ejecutó y se liquidó sin que la Entidad hubiere manifestado objeción alguna y después la propia Entidad en comunicaciones internas, cuestiona los diseños y el método constructivo en ellos planteado; de tal suerte que puede concluirse que, le faltó diligencia a la Entidad para verificar la ejecutabilidad y viabilidad de esos diseños antes de utilizarlos como base del proceso de contratación de la obra a ejecutar, sobretudo en consideración a que según quedó acreditado en el plenario, todos los funcionarios de la Entidad que comparecieron como testigos acreditaron una amplia experiencia en ingeniería y en hidráulica, circunstancia que permite concluir además que tenían los conocimientos técnicos para definir la viabilidad de ejecutar esos diseños antes de formular la invitación a contratar.

Esta circunstancia tiene especial relevancia en el debate contractual por cuanto la parte convocante inicial la ha invocado como uno de los fundamentos para no cumplir con la ejecución de la obra contratada.

En segundo lugar, se probó que como consecuencia de una actitud que no estaba acompañada de la diligencia propia de un contratante interesado en la ejecución del

¹⁰⁶ Invitación Pública No. ICSC-0680-2014.

¹⁰⁷ Ver Carta del 8 de agosto de 2018. Folios 482-490 del Cuaderno de Pruebas No. 4.

¹⁰⁸ Folio 136 del Cuaderno de Pruebas No. 7.

contrato, quien, negligente y descuidadamente, demoró ocho meses en definir el alcance del Contrato y por ende no facilitó su iniciación:

“SR. OLIVELLA: Bueno, efectivamente el acta la elaboré yo personalmente o sea, la conozco porque en esa fecha y mediante este documento tal cual como reposa aquí, se le definió el alcance del contrato al contratista el 24 de agosto del año 2015, es un documento fiel al que reposa en las instalaciones y en los archivos del Acueducto de Bogotá, esa reunión se llevó a cabo precisamente para definir porque ya habían pasado casi 8 meses desde la firma del acta del contrato y ya el contratista me estaba solicitando que definiéramos cuál era el alcance del contrato para el poder iniciar los trámites correspondientes”.¹⁰⁹

Esta conducta, además, generó una consecuencia clara: si no se definía el alcance no podían ejecutarse las obras objeto del contrato. La propia Entidad en su comunicación de 1 de marzo de 2017 manifiesta que el alcance del contrato se definió el 24 de agosto de 2015, afirmación que contradice el dicho de la empresa en las excepciones propuestas para enervar las pretensiones y en los alegatos cuando señala que el alcance del contrato estaba definido desde su firma, con base en la interpretación del artículo 4 y del anexo 7.

En el mismo sentido en cuanto a la fecha de definición del alcance coinciden los testimonios del supervisor Lucas Olivella y del representante legal del Consorcio Germán Espejo Mejía:

“SR, OLIVELLA: efectivamente el acta la elabore yo personalmente o sea, la conozco porque en esa fecha y mediante este documento tal cual como reposa aquí, se le definió el alcance del contrato al contratista el 24 de agosto del año 2015, es un documento fiel al que reposa en las instalaciones y en los archivos del Acueducto de Bogotá”¹¹⁰

“DRA ROJAS: Indíqueme al Despacho, cuándo La Empresa de Acueducto finalmente define el alcance del contrato?”

SR. ESPEJO: El Acueducto define a través de su supervisor el alcance del contrato el 24 de agosto de 2015, en la reunión que se hace de dirección en la que participa el supervisor y la interventoría”.¹¹¹

Tal y como se expuso, el Tribunal acoge como efectos de la ayuda de memoria, la definición de ese alcance, 8 meses después de firmado el contrato, término que es igual al pactado para su ejecución.

Esta conducta demuestra el desinterés o descuido de la EAAB en la priorización de las obras y en su pronta y cumplida ejecución en un período en el cual según se deduce de la documentación aportada, la Entidad se mostró omisiva en sus labores contractuales.

En contra del deber de colaboración, la EAAB fue sistemáticamente renuente a facilitar al contratista la información, aclaraciones, peticiones o definiciones

¹⁰⁹ Folio 133 del Cuaderno de Pruebas No. 7.

¹¹⁰ Folio 133 del Cuaderno de Pruebas No. 7.

¹¹¹ Folio 8 del Cuaderno de Pruebas No. 7.

necesarias para la ejecución de la obra y su actitud podría calificarse de displicente o por lo menos ausente frente al contratista. Así por ejemplo, una vez suscrito el contrato de interventoría, en una actitud que podría calificarse de equívoca, designó al ingeniero Lucas Olivella como supervisor del contrato de interventoría pero no designó un supervisor especial del contrato de obra ni tampoco le asignó esta tarea específica a la interventoría como se lo permitía el Manual de Contratación.

Resulta especialmente significativa la conducta de la Entidad a través de su supervisor, cuando en la ayuda de memoria suscrita el 24 de agosto de 2015, manifiesta que es necesario cambiar el método constructivo de un porcentaje significativo de la obra de la rehabilitación de las redes sanitarias, porque es precisamente esta manifestación la que origina la mayoría de las diferencias con el contratista. Esta afirmación fue reiterada en el memorando interno 3333002-2018-0984 del 8 de agosto de 2018 para justificar la necesidad de modificar el contrato, afirmando que *"(...) Los costos de todas estas actividades superan ampliamente el valor del contrato, motivo por el cual es necesario modificar el contrato de obra No. 1-01-31100-01025-2014 en más del 100% para llevar a cabo las obras como fueron diseñadas y para resolver únicamente el problema más crítico del servicio de alcantarillado sanitario del barrio Marsella"*¹¹².

De otra parte, si bien la obligación le impone el deber de entregar la obra y en el contrato no se señala método alguno como parte del objeto, sí se desprende de la etapa precontractual, de los diseños entregados y del análisis de precios que se había previsto un método de construcción a zanja abierta.

Y es equívoca la conducta de la Entidad porque en la correspondencia cruzada entre las partes y la interventoría se hallan numerosas contradicciones respecto del método a utilizar, de la viabilidad o inviabilidad técnica de la construcción por ese método, de la necesidad de modificación del contrato para reflejar los precios por el cambio de método y finalmente de la comunicación de la EAAB de 1 de marzo de 2017 en la cual manifiesta que el método constructivo era a zanja abierta.

Aquí vale la pena además señalar que estas conductas omisivas, equívocas y reiteradas de la Entidad, manifestadas a través de un empleado suyo cuyas decisiones no aparecen desvirtuadas, cuestionadas, controvertidas o revocadas, generaron en el contratista una expectativa legítima, por cuanto la EAAB si no estaba de acuerdo con las manifestaciones de su empleado ha debido ser categórica en desconocer o desvirtuar esas afirmaciones, pero con su silencio dio lugar a que el contratista entendiera o asumiera que debía modificarse el contrato para ejecutarlo o que era imposible ejecutarlo tal y como se suscribió.

En el curso del proceso, la EAAB pretendió desconocer la calidad de supervisor del contrato del ingeniero Lucas Olivella para sostener que era supervisor del contrato de interventoría, sin embargo, nunca acreditó quién era la persona designada como supervisor del contrato. Tampoco desvirtuó que el ingeniero Olivella fuere empleado

112 Folios 416 a 417 del Cuaderno de Pruebas No. 4.

de la Entidad ni pretendió desconocer su experiencia y conocimiento técnico en el tema. Por tanto, el Tribunal concluye que con su conducta la EAAB dio señales fehacientes y reiterativas de que el Ingeniero Olivella representaba a la Entidad en la ejecución de la obra y esta conducta naturalmente tiene consecuencias jurídicas que no puede pretender desconocer en el curso del trámite.

En términos legales, la ejecución del contrato debe estar acompañada de buena fe en las actuaciones de los contratantes y de allí surge el principio de la confianza legítima.

Conforme al artículo 83 de la Constitución Política *“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”*, principio que ya había sido consagrado desde la adopción del Código Civil y reiterado en el Código de Comercio¹¹³ como rector de las actuaciones de las partes:

“Principio de la Buena Fe: Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley la costumbre o la equidad natural.”

Ha señalado la jurisprudencia, además, en relación el la confianza legítima:

“El principio está en indisociable conexión con la seguridad jurídica, la legalidad y la buena fe, sin confundirse con éstas. Implica que las autoridades no adopten medidas que aunque lícitas contraríen las expectativas legítimas creadas con sus actuaciones precedentes en función de las cuales adoptan sus decisiones, protegiendo la convicción proba, honesta y leal de su estabilidad y coherencia.

En cuanto a sus requisitos, presupone: a) un acto susceptible de infundir confianza y crear esperanzas fundadas; b) una situación preexistente generatriz de una expectativa verosímil, razonable y legítima basada en la confianza que inspira la autoridad con su conducta sobre su mantenimiento o estabilidad; y c) una actuación de buena fe del sujeto

La confianza legítima se traduce en la protección de las expectativas de estabilidad. Se protege, la convicción íntima del ciudadano en la estabilidad normativa y las actuaciones del Estado, sin llegar al extremo de la petrificación del ordenamiento jurídico, ni a su preservación indefinida por cuanto el derecho se construye diariamente, vive en su interpretación y aplicación por los jueces como garantes primarios de los derechos, libertades y garantías ciudadanas

En este contexto, el principio no solo es deseable, sino que se presenta como una exigencia social ineludible para garantizar la buena fe y las legítimas expectativas por situaciones derivadas del comportamiento anterior. [...] El principio aplica en cada situación concreta, se aprecia por el juzgador in casu, conforme al marco de circunstancias singular, considerando los distintos factores incidentes, la actuación de la autoridad, la confianza generada, las expectativas legítimas creadas, la buena fe de los particulares, sin existir un criterio absoluto, inflexible e inmediato. Es además, menester, ponderar los diferentes intereses eventualmente contrapuestos. Naturalmente, no se restringe al ámbito de las relaciones ciudadanas con los órganos del Estado, por constituir un principio que

113 Art. 871.

*irradia el ordenamiento. En tratándose de la aplicación e interpretación de las normas jurídicas por los jueces, tiene relativa operancia, por cuanto las decisiones obedecen a situaciones fácticas, normativas y probatorias diversas, la jurisprudencia es dinámica y cambia en función de las necesidades sociales. Empero, la uniformidad, coherencia y consistencia de la jurisprudencia concierne a la certidumbre del orden jurídico y, por tanto, desarrolla los principios liminares del Estado, lo que explica, de un lado su estabilidad y no su construcción caprichosa o conveniente y, de otro lado, la adopción de las modificaciones y adaptaciones en forma seria, serena y ponderada, desde luego que la confianza de los ciudadanos en los órganos de impulsión o aplicación normativa está articulada en la coherencia y en su mantenimiento, sin llegar al estatismo, en cuanto confía y espera una conducta serena y responsable. Por ello, la seguridad jurídica, está estrechamente vinculada con la confianza legítima, sin confundirse con ésta, protegiendo 'la confianza que los ciudadanos pueden tener en la observancia y el respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes.'*¹¹⁴

*"Como resulta apenas natural, la entidad pública en su calidad de directora del proceso contractual, condición de la cual se encuentra revestida por disposición legal, no sólo desde el momento de la celebración del negocio jurídico, sino desde que en su interior nace la necesidad de celebrarlo y se emprenden todas las actividades encaminadas a lograrlo, en sus actuaciones entraña el desarrollo, entre muchos otros, del principio general de confianza legítima cuya materialización no es otra diferente que la de amparar de legalidad y legitimidad actuaciones desplegadas por la Administración. A propósito de la relación existente entre la teoría de los actos propios y el principio de la confianza legítima, debe precisarse que de ambos se deriva para los administrados la garantía de que las autoridades del Estado no van a sorprenderlos con actuaciones o decisiones contrarias a aquellas que anteladamente emanaron de la misma entidad pública y en virtud de las cuales se generó un convencimiento frente a determinadas materias."*¹¹⁵

Es de mencionar, además, que la apoderada de la parte convocante durante el proceso y en los alegatos de conclusión, en varias oportunidades calificó de mala fe la conducta de la EAAB, calificación que en concepto del Tribunal utilizó en forma exagerada, pero sobre todo y principalmente, omitió probar. Así las cosas la aplicación del principio de la confianza legítima que hace el Tribunal con base en el postulado de la buena fe no pretende en ningún caso sostener que la EAAB actuó de mala fe. Por el contrario, lo que quiere significar el Tribunal es que en el marco de la buena fe contractual, las actuaciones de la Entidad que se presumían de buena fe no fue desvirtuada, le generaron una expectativa legítima al contratista.

Con base en ese mismo principio puede concluirse que la EAAB a través del ingeniero Olivella y de los diversos funcionarios que participaron en el trámite contractual, le generaron al contratista la expectativa de modificación del contrato que él interpretó como una justificación para no iniciar su ejecución aun después de la definición del alcance.¹¹⁶

114 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Sala de Casación Civil. MP William Namén Vargas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Referencia: 11001-3103-002-2003-14027-01.

115 CONSEJO DE ESTADO: Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A. CP Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia de 16 de septiembre de 2013. Rad 30571,

116 Véanse comunicaciones citadas previamente.

En el mismo sentido, también la conducta omisiva de la Entidad en la exigencia de cumplimiento del contrato pudo haber generado en el contratista la convicción de que estaba eximido de ejecutar el contrato a partir de la definición del alcance, por cuanto la EAAB entre agosto de 2015 y marzo de 2017 no apremió al contratista a cumplir.

Concluye el Tribunal que la EAAB incumplió con sus deberes contractuales por ausencia de planeación eficiente, negligencia en la supervisión y vigilancia oportuna del Contrato, demora y falta de definición del alcance del Contrato, por incumplimiento de sus deberes de conducta y por la inactividad en la exigencia o apremio de cumplimiento.

4.4.2. La conducta de la Contratista

Ahora se propone analizar la conducta de la Contratista con posterioridad a la firma y perfeccionamiento del Contrato.

Se observa que el contratista requirió a la EAAB en varias oportunidades¹¹⁷ para que le definiera el alcance del Contrato con el fin de continuar con el desarrollo de las actividades encaminadas a firmar el acta de inicio, constituyó la fiducia, recibió el anticipo y rindió cuentas mensuales de sus rendimientos, pero no se observa actividad encaminada a iniciar las obras en cuanto no se había definido su alcance.

Por tanto, en tanto el alcance del contrato solo se definió el 24 de agosto de 2015 y ello era necesario para iniciar las obras, se advierte que durante este período la contratista desplegó la conducta normal de cualquier persona que hubiere estado en su misma situación y que durante ese lapso la ejecución de la obra no era posible por ausencia de actuación de la Entidad, y, por ende, aquella estaba eximida de cumplir.

A partir de agosto 24 de 2015 la contratista inicia los trámites para solicitar las autorizaciones, permisos y licencias que eran necesarios para la ejecución de las obras con el método de zanja abierta, trámites que según se señala, fueron cumplidos en las siguientes fechas:

Red Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá: 10 de noviembre de 2015¹¹⁸

Gas Natural: 10 de noviembre de 2015¹¹⁹

Codensa: 10 de noviembre de 2015¹²⁰

Junta de Acción Comunal – Barrio Marsella: 10 de noviembre de 2015¹²¹

¹¹⁷ Folios 118 a 120 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

¹¹⁸ Folio 140 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

¹¹⁹ Folio 141 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

¹²⁰ Folio 142 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

¹²¹ Folio 143 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

DADEP: 11 de noviembre de 2015¹²²

IDRD: 11 de noviembre de 2015¹²³

Solicitud de permiso de ocupación del cauce canal de Fuche: 19 de enero de 2016¹²⁴

Solicitud de Licencia de Excavación: 25 de enero de 2016¹²⁵

Plan de Gestión Social: marzo 3 de 2016¹²⁶

Estas autorizaciones estaban dirigidas a cumplir con la obligación de ejecutar las obras priorizadas. Observa el Tribunal que el otorgamiento de dichas licencias y autorizaciones tardó un tiempo considerable, sin embargo, no se acreditó en el proceso que dicha demora hubiese tenido origen en una conducta negligente del contratista, máxime cuando no se observa en el material probatorio reproche alguno de la Entidad, en este sentido.

Simultáneamente, la contratista inicia todos los trámites encaminados a obtener la modificación del contrato, el cambio de método constructivo, el reajuste de los precios y el reconocimiento de la modificación del IVA; entre otros.¹²⁷

Así las cosas, la contratista, amparada en la conducta de la EAAB y en la ausencia del acta de inicio, con base en las manifestaciones de la Interventoría y del ingeniero Olivella, y con la expectativa de que se le revisaran los precios unitarios para reconocerle el cambio en la remuneración, como consecuencia de la modificación parcial del método constructivo, no estaba obligada a ejecutar la obra hasta tanto se acordaran los nuevos precios.

4.5. Análisis del caso concreto

4.5.1. El cumplimiento de las obligaciones contractuales

En los capítulos anteriores el Tribunal adelantó un análisis del contrato, de su objeto, de la remuneración, el plazo y la conducta de las partes con el fin de analizar los elementos que le sirven de base a la definición de los aspectos que dieron origen a esta controversia.

En la reforma a la demanda, la pretensión SEGUNDA busca que el Tribunal declare la terminación del Contrato con ocasión del incumplimiento de la EAAB por *“NO DEFINIR EL ALCANCE DEL CONTRATO, especialmente en lo referido a establecer los tramos de las redes de alcantarillado sanitario y pluvial que se debían intervenir en el Barrio Marsella, según la prioridad con que se iban a ejecutar y el método constructivo determinado por la EAAB...”*. A su vez, en la defensa, el convocado no

122 Folio 144 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

123 Folio 145 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

124 Folio 144 a 156 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

125 Folios 1468 a 169 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

126 Folios 254 a 273 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

127 Folios 404 a 406 del Cuaderno de Pruebas No. 4.

solamente invoca como excepción tercera que *“el contratista conoció del alcance del contrato desde antes de presentar su oferta por lo tanto al no iniciar está incumpliendo el contrato”* y como excepción cuarta *“incumplimiento grave, culposo y previo del contratista convocante”*, sino que en la demanda de reconvención solicita que el Tribunal declare el incumplimiento del contratista.

Para resolver entonces las pretensiones y pronunciarse sobre las excepciones, se analizarán en principio, los artículos 1602, 1546, 1527 y 1609 del Código Civil.

El artículo 1602 del Código Civil prevé que todo contrato legalmente suscrito es una ley para los contratantes y su invalidación no puede surgir sino por su consentimiento recíproco o por las causas establecidas en la ley, entre ellas, la resolución con base en los presupuestos del artículo 1546 del Código Civil por incumplimiento con la correspondiente indemnización de perjuicios.

Para el Tribunal es claro, como se ha venido analizando, que la EAAB fue quien primero incumplió sus obligaciones, lo que le impidió al contratista la ejecución de las suyas. En efecto, entre el período comprendido entre diciembre de 2014 y marzo de 2017, tanto por acción como por omisión en la inejecución de su obligación de definir el alcance del contrato y con su conducta pasiva y negligente que generó una expectativa del contratista de su derecho a obtener una modificación de los precios y, por ende, es responsable frente al contratista por ese incumplimiento.

La EAAB, tanto en el escrito mediante el cual contesta la demanda reformada como en la demanda de reconvención, afirmó que la contratista había incumplido sus obligaciones contractuales y solicita la declaratoria de terminación por incumplimiento como pretensión declarativa y de condena principal o que se declare la resolución del contrato por incumplimiento como primera pretensión subsidiaria.

En el escrito de excepciones a la demanda reformada, además de la caducidad, la EAAB busca enervar la prosperidad de las pretensiones con las siguientes excepciones:

- i) Los riesgos de los diseños los asumió el contratista.

Sobre este punto particular concluye el Tribunal que si bien el contratista había asumido los riesgos de los diseños, según la matriz de riesgo¹²⁸, esta asunción no le significa la obligación de soportar a su propio costo ni la demora en la definición del alcance del contrato, ni la obligación de iniciar la obra cuando la EAAB le dio señales inequívocas no solamente de la inconveniencia de acometer la obra por el método identificado en los diseños sino también de la expectativa de reconocerle la modificación de los precios unitarios como consecuencia del cambio de método.

En consecuencia, la conducta de la EAAB que condujo al incumplimiento de sus obligaciones contractuales no está justificada por el hecho de que el contratista

128 Folio 621 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

hubiere asumido los riesgos normales de la construcción, mucho menos cuando se demostró en el curso de este trámite que la ausencia del deber de planeación de la Entidad, condujo a entregar unos diseños que no hacían fácilmente factible las condiciones de la ejecución de la obra.

- ii) El contratista conoció del alcance del contrato desde antes de presentar su oferta, por lo tanto, al no iniciar está incumpliendo el contrato.

Sustenta tanto la excepción como una de las pretensiones de la demanda de reconvención en la interpretación que hace la Entidad ¹²⁹ del clausulado contractual para señalar que el alcance del contrato *“está definido dentro del Contrato No. 1-01-33100-0125-2014, en la “CLAUSULA SEGUNDA: ALCANCE DEL CONTRATO: El contrato a desarrollar tiene como especificaciones técnicas, descripción, alcance del proyecto, localización, área de influencia, actividades establecidas en los estudios previos, en las condiciones y términos de la invitación, documentos que forman parte integral de este contrato, y que el contratista ha consultado previamente”.*

En el análisis previo del clausulado contractual se concluyó y así lo reitera la propia Entidad en varias comunicaciones, que el alcance del contrato solamente se definió el 24 de agosto de 2015 y dentro de las pruebas aportadas por la EAAB no se encontró ninguna que desvirtuara esa conclusión, de tal suerte que es dable concluir que la EAAB no pudo probar la ocurrencia de su afirmación para soportar el incumplimiento del contratista ni para la prosperidad de la excepción.

Afirma la EAAB en la demanda de reconvención que *“si la EAAB honra sus obligaciones y es el contratista CONSORCIO MARSELLA quien interrumpe de forma unilateral e injustificada el cumplimiento de las suyas con afectación grave y directa sobre la ejecución del contrato, la conducta del contratista puede constituir un incumplimiento que admite la declaración del incumplimiento o bien la RESOLUCION DEL CONTRATO con las consecuencias que de tal declaración se deriven para la parte incumplida”.*

En igual sentido se reliva que en la propia descripción de los hechos y documentos aportados, la EAAB no acreditó tampoco que con su conducta contractual, mediante actos inequívocos hubiere adelantado gestión alguna tendiente a la ejecución del contrato con anterioridad a marzo de 2017, para reiterarle a la contratista su obligación de cumplir el contrato en los términos en que fue celebrado.

Así las cosas, no están acreditados los hechos y fundamentos de sus pretensiones ni tampoco desvirtuadas las afirmaciones de la convocante en cuanto a la conducta de la EAAB, por cuando es dable concluir que las pretensiones de la demanda de reconvención no están llamadas a prosperar.

- iii) Incumplimiento grave, culposo y previo del Contratista Convocante

¹²⁹ Hecho No. 3 de la Demanda de Reconvención Reformada.

La EAAB alega que quien ha incumplido primero es la contratista, y por lo tanto no puede aspirar a ser indemnizada. Fundamenta esta excepción en la celebración del contrato de mandato de fecha 26 de diciembre de 2014.

Al respecto considera del Tribunal:

El 26 de diciembre de 2014 el CONSORCIO MARSELLA diciéndose Mandante celebra con la firma RB DE COLOMBIA S.A, y quien se llamó mandatario, el contrato cuyo objeto es:

“CLÁUSULA PRIMERA.- OBJETO: EL MANDATARIO se obliga para con EL MANDANTE a ejecutar los trabajos y demás actividades propias de la dirección, administración y gerencia de proyectos, consistente en la realización de las tareas de ADMINISTRACIÓN, MANEJO, DIRECCIÓN, CONTROL Y SIGUIIMIENTO DE ACTIVIDADES DE REPRESENTACIÓN, GERENCIA, FINANCIERAS, ADMINISTRATIVAS, DE HSE, CALIDA CONTRACTUALES Y APOYO “CONSTRUCCIÓN Y REHABILITACIÓN DE LOS SISTEMAS DE ALCANTARILLADO SANITARIO Y PLUVIAL DEL BARRIO MARSELLA DE LA ZONA 3 DE LA EAB FASE I”, denominado en adelante Contrato Principal, celebrado entre EL MANDANTE y la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP, con NIT:8999.999.094-1, actividades que desarrollará EL MANDATARIO de conformidad con las condiciones y cláusulas consignadas en el presente documento y en todo de acuerdo con las obligaciones y condiciones que al respecto están hoy estipuladas en el Contrato Principal, contrato y obligaciones que EL MANDATARIO declara conocer y aceptar.

PARÁGRAFO PRIMERO: En desarrollo del objeto contractual EL MANDATARIO ejecutará adicionalmente las siguientes actividades:

- Prestar servicios de administración y control de los recursos entregados por el mandante directamente o por conducto de interpuesta personas, para atender los costos y gastos destinados al pago de los siguientes conceptos:
 1. Proveedores que con ocasión a la ejecución del Contrato de Obra Civil No. 1-01-3310001025 2014, realicen actividades o suministros a favor del CONSORCIO MARSELLA.
 2. Contratistas que realicen actividades, suministros o trabajos que hacen parte del objeto y alcance del Contrato de Obra Civil No. 1-01-3310001025 2014, a favor del CONSORCIO MARSELLA, en virtud de un contrato o subcontrato previamente autorizado y aprobado por la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP.
 3. Salarios, prestaciones sociales y en general obligaciones laborales con el personal vinculado mediante contrato de trabajo para la ejecución del Contrato de Obra Civil No. 1-01-3310001025 2014
- Realizar la interventoría técnica, financiera y contable de los recursos que se le entregan para el desarrollo de la gestión encomendada y que se pagan a terceros, cuando haya lugar a ello.”

Adicionalmente, establece en la cláusula tercera que se trata de un encargo que no genera retribución para el Mandatario:

“CLÁUSULA TERCERA.- VALOR: Tomando en cuenta que EL MANDATARIO forma parte integral y mayoritaria del CONSORCIO MARSELLA, quien a su vez actúa como EL MANDANTE, el presente Contrato de Mandato se ha pactado a título gratuito.”

“CLÁUSULA QUINTA.- FORMA DE PAGO: De conformidad con las condiciones previstas en las CLÁUSULA TERCERA de VALOR del presente CONTRATO DE MANDATO y su carácter de no ser oneroso, no aplica establecer una forma de pago para este contrato.”

La EAAB en la excepción planteada y en sus alegatos de conclusión señala que el contratista incumplió el contrato porque:

“Si se considera que el integrante del consorcio es persona jurídica distinta al consorcio tendríamos que el convocante está incumpliendo el contrato pues está cediendo su participación o a un tercero su participación el consorcio sin la autorización del contratante, compromiso que fue asumido en el documento de conformación del consorcio.”

“6. No ceder su participación en el Consorcio a otro integrante del mismo ni a terceros, salvo autorización expresa y escrita de la entidad contratante.”

Del mismo modo este contrato de mandato de considerarse como valido determinaría el incumplimiento del contratista convocante de la cláusula DECIMOSEXTA de la minuta del contrato, la que prohíbe ceder o subcontratar el contrato sin autorización expresa del contratante, autorización que no existe.

Así mismo al celebrar el contrato de mandato consigo mismo o en dado caso con un integrante del consorcio el convocante incumple flagrantemente con lo dispuesto en el ARTÍCULO 7o. de la Ley 80 de 1993 4 aplicable a los contratos de la EAAB ESP así se rijan por el derecho privado, ya que está, con ese contrato de mandato, dimitiendo toda la administración y ejecución en uno solo de los integrantes del consorcio.

En la mismo sentido resulta muy sospechoso que el contrato de mandato se haya firmado el mismo día de suscripción del contrato de obra 1025 de 2014 objeto de la presente controversia, el 26 de diciembre de 2014, lo que conllevaría a desarrollar toda una tratativa y culminarla el mismo día en el cual o a pocas horas de firmar el contrato de obra del cual dependía el mandato, lo que indica por un lado un incumplimiento primigenio y previo del contrato de obra o bien un afán de demostrar perjuicios que no existen con un contrato sospechoso en su contenido, formación y clausulado.”

Para el Tribunal la celebración de este contrato no implica el incumplimiento del Contrato de Obra ni da lugar a la violación del artículo 7 de la ley 80 de 1993; en primer lugar porque no comparte la conclusión de la EAAB en el sentido de asimilar el mandato a la cesión de la posición contractual de un consorciado a otro y, en segundo lugar porque en desarrollo del encargo no está trasladando al mandatario la carga de acometer las obras sino simplemente de administrarla operativa y financieramente (art. 2142 del C.C., art. 1262 del Código de Comercio).

En efecto, cuando se conformó el Consorcio el 22 de octubre de 2014 se definió la siguiente participación:

RB DE COLOMBIA S.A 70% Y CONGETER LTDA 30% por un término igual al “término para la presentación de la oferta, la ejecución de las obras, la liquidación del contrato y dos años más (incluyendo la prolongación y sus efectos)”

Así las cosas, el consorcio una vez adjudicado el contrato, encargó la administración y control de recursos a uno solo de los consorciados pero la solidaridad en la ejecución y desarrollo de la obra se mantuvo en los términos del acuerdo consorcial.

4.5.2. Las pretensiones de la demanda

Primera Pretensión

Corolario de las conclusiones del Tribunal frente las pretensiones, se reitera que en cuanto la pretensión primera pretende que se *“declare a la entidad responsable administrativamente”* por el incumplimiento del contrato, se declarará la falta de competencia del Tribunal para pronunciarse sobre esta pretensión, según se señaló en el aparte sobre la Competencia del Tribunal de este laudo.

Segunda Pretensión

Respecto del incumplimiento invocado por la parte convocante procederá el Tribunal a declarar la prosperidad parcial de la segunda pretensión en cuanto a declarar terminado el contrato por el incumplimiento de la EAAB conforme a los motivos antes expuestos, los cuales no coinciden totalmente con la motivación contenida en dicha pretensión, y a negar, consecuentemente, tanto la prosperidad de las excepciones así como la pretensión primera principal y primera subsidiaria[*] de la demanda de reconvención.

Como consecuencia de la terminación del Contrato, se condenará a la Entidad contratante a pagar a la convocante los perjuicios pedidos siempre que estén debidamente acreditados en el presente proceso y, naturalmente, corresponderá a la Contratista convocante el reintegro a favor de la EAAB del monto total del anticipo más los rendimientos financieros que se hubieren causado hasta la fecha de su reintegro.

Tercera y Cuarta pretensiones

Consecuencia del incumplimiento del la EAAB, solicita la convocante en la pretensión tercera que se declare responsable a la EAAB por los *“sobrecostos y perjuicios que le deben ser indemnizados y pagados por parte de su contratante junto con sus actualizaciones y costos financieros”* y en la pretensión cuarta específicamente solicita *“condenar a la EAAB a pagar en favor del contratista CONSORCIO MARSELLA por concepto de sobrecostos y perjuicios correspondientes a costos y gastos directamente relacionados con el proyecto y no recuperados..., lo cual arroja un valor total de \$83.478.734”* (Subraya el Tribunal).

El artículo 1613 del Código Civil señala que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante ya provenga de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente o de haberse retardado el incumplimiento.

Adicionalmente, el artículo 1614 define el daño emergente como *“el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse incumplido imperfectamente”* y el lucro cesante como *“la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación”*.

Con base en el dictamen financiero rendido por JEGA Accounting House Ltda. que fue decretado por el Tribunal, a folios 601 a 625 del Cuaderno de Pruebas No. 6 se concluye que en el período comprendido entre diciembre de 2014 y enero de 2017 la contratista incurrió en costos y gastos administrativos encaminados a la ejecución del contrato, los cuales además están soportados en la contabilidad del consorcio.

Determina el perito JEGA Accounting House Ltda., además, que el total de los costos y gastos incurridos por RB DE COLOMBIA S.A. empresa que en desarrollo del contrato de mandato se encargó de la administración del contrato de obra, el cual ascendió a \$83.280.302, pudo identificar que la suma de \$ 3.192.577 no corresponde a gastos relacionados con el Consorcio, por lo cual concluye que el total de los gastos y costos asciende a \$80.087.937 en cuanto se pudo acreditar la relación directa con el contrato de obra.

Estos gastos y costos equivalen a la determinación del perjuicio por el daño emergente en cuanto puede decirse que constituyen la pérdida patrimonial del contratista por las labores adelantadas entre la firma del contrato y enero de 2017 como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de la EAAB, y reúnen además los requisitos para la existencia del perjuicio en tanto se demostró que fueron reales, directos y ciertos y que existe una relación causal entre el incumplimiento de la EAAB y el daño causado.

Como el peritaje de JEGA Accounting House Ltda no deja duda en cuanto a que fue practicado directamente por la firma designada para el efecto, sus fundamentos son científicos, sus conclusiones son el resultado de los elementos y documentos consultados y allegados al Tribunal, las respuestas e información técnica no dejan duda acerca de los profesionales conocimientos que el experto tiene, como quedó corroborado tanto en las respuestas dadas a las preguntas inicialmente formuladas, así como a las planteadas tanto por el Tribunal como por los apoderados de las partes en audiencia; los valores indicados en el mismo así como sus conclusiones y explicaciones muestran imparcialidad, objetividad y claridad, es procedente para corroborar hechos como los que aquí fueron objeto de debate, contiene los requisitos que preceptúa el artículo 226 del CGP, fue practicado y sometido a la contradicción legal, el Tribunal lo aprecia conforme a las normas probatorias que regula este medio demostrativo, a las reglas de la sana crítica, a la idoneidad del auxiliar de la justicia, a su comportamiento en la audiencia de contradicción en la cual fue exhaustivo en sus explicaciones y, desde luego, relacionándolo con los

escritos de las partes y con las restantes pruebas recaudas en el proceso [art. 232 CGP].

Por todo lo anterior, fuerza es concluir que el peritaje amerita plena validez y eficacia y, en consecuencia, el Tribunal con base en lo señalado por el perito accederá parcialmente a declarar la prosperidad de la pretensión tercera y en este sentido se declarará que con ocasión del incumplimiento de la EAAB del Contrato de Obra No. 1-01-33100 01025 2014 le ocasionó perjuicios a la convocante por daño emergente que deben ser indemnizados en los términos aquí señalados. Adicionalmente se accederá parcialmente a la pretensión cuarta y se condenará a la demandada a pagar a la demandante inicial la suma de \$80.087.937 probada en el trámite.

Quinta Pretensión

En la pretensión quinta solicita el contratista *“condenar a la EAAB a pagar en favor del contratista por concepto de sobrecostos y perjuicios correspondientes a costos y gastos no amortizados (subraya el Tribunal) ... lo cual arroja una suma de \$312.801.588”*.

Respecto de esta suma se precisa definir si efectivamente corresponde al concepto de daño emergente y a los elementos para definir su cuantificación, por cuanto la convocante la califica como *“perjuicio correspondientes a costos y gastos no amortizados”*. La jurisprudencia ha definido los elementos del daño emergente de la siguiente manera:

“De manera, que el daño emergente comprende la pérdida misma de elementos patrimoniales, las erogaciones que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios y el advenimiento de pasivo, causados por los hechos de los cuales se trata de deducirse la responsabilidad.

Dicho en forma breve y precisa, el daño emergente empobrece y disminuye el patrimonio, pues se trata de la sustracción de un valor que ya existía en el patrimonio del damnificado; en cambio, el lucro cesante tiende a aumentarlo, corresponde a nuevas utilidades que la víctima presumiblemente hubiera conseguido de no haber sucedido el hecho ilícito o el incumplimiento.”¹³⁰

Concluye el perito JEGA Accounting House Ltda. en la página 13 del dictamen:

“(…) es importante mencionar que este valor de \$312.801.588 es el resultado de un cálculo y en la contabilidad del CONSORCIO MARSELLA y de RB DE COLOMBIA S.A. no figura ningún registro por dicho valor y por este concepto. (Subraya el Tribunal)

En realidad, en el cuadro que aparece en el dictamen a folio 615 del Cuaderno de Pruebas No. 6 reproducido en las aclaraciones al dictamen, se observa que el

130 Corte Suprema de Justicia.: MP. Margarita Cabello Blanco. Sentencia de 7 de diciembre de 2017. Rad 47001-31-03-002-2002-00068-01

CONSORCIO tomó la cifra de \$11.585.244 del análisis de los datos básicos del contrato de mandato (cláusula cuarta), le aplicó un porcentaje por concepto de representación, logística, asesorías e instalaciones, determinado con base en el total mensual reembolsado y lo multiplicó por 27 meses (de mayo de 2015 a julio de 2017) para obtener los \$312.801.588.

Revisados el análisis del perito JEGA Accounting House Ltda. y las bases para la determinación de esa suma, se considera que el contratista hubiere tenido el derecho a obtener una indemnización de perjuicios siempre y cuando acreditara que se trata de un perjuicio real y cierto y no de un cálculo que se establece sobre la base de suponer que durante un plazo determinado el costo constante mensual de la ejecución del contrato le había irrogado unos costos y gastos no amortizados y relacionados con la ejecución de las labores tendientes a ejecutar en el contrato.

Igualmente señala el perito que *“no existe comprobante de alguna erogación del consorcio Marsella o alguno de sus integrantes con ocasión de este contrato”*¹³¹.

En efecto, se lee lo siguiente en las aclaraciones al dictamen:

*“Ese monto de \$ 312.801.594, no se encuentra soportado ni registrado contablemente y dado que ese es el resultado de un cálculo, como ya se expresó, no es posible hacer ninguna validación de dicha suma”*¹³²

En la diligencia a la cual compareció el perito Eduardo Jiménez, cuando se le preguntó sobre el origen del monto de \$312.801.587 respondió:

“SR. JIMÉNEZ: (...) Conviene advertir lo siguiente: esa respuesta de los 312 corresponde a la pregunta original que a mí me habían hecho, en este caso del apoderado de la convocada que decía, como ya se hizo para contradecir el dictamen, que se decreta y practique un dictamen, entonces qué nos decía? “En donde se efectuarán los análisis de la información que soporta cada una de las excepciones aquí planteadas, la revisión exhaustiva de la contabilidad de la convocante, los pagos de impuestos y contribuciones por las erogaciones y gastos, los costos de personal, pagos a seguridad, los gastos y costos del subcontrato celebrado entre el consorcio y el integrante, las declaraciones de renta de los consorciados y/o del consorcio, entre otros muchos necesarios para la prueba y el monto real de los perjuicios alegados por el contratista en el desarrollo del litigio.”

Entonces nosotros qué miramos? Una de las cosas que hacían referente a las secciones que aquí planteaban eran la solicitud de los perjuicios que había solicitado, donde estaban por un lado los 83 millones de pesos, que corresponden al consorcio Marsella y de otro lado estaba los 312 millones de pesos que, si nosotros miramos la página 13 del dictamen original, qué decíamos? “El Consorcio Marsella determinó el valor de los sobrecostos y perjuicios correspondientes a costos y gastos administrativos no amortizados por la ejecución del contrato por valor de 312.801.587 de la siguiente manera”, y ahí presentamos un cuadro.

131 Corte Suprema de Justicia.: MP. Margarita Cabello Blanco. Sentencia de 7 de diciembre de 2017. Rad 47001-31-03-002-2002-00068-01

132 Folio 619 del Cuaderno de Pruebas No. 6.

En ese cuadro, que fue entregado por ustedes mismos y que yo lo solicité para saber cómo era que ustedes habían determinado esos prejuicios, ahí aparecen en los datos básicos del contrato. Esos básicos datos del contrato corresponden a dos conceptos que es el costo directo de alcantarillado fluvial y el costo directo del alcantarillado sanitario. El costo directo de alcantarillado fluvial vale, con el AIU y todo, el costo directo era 1.544 millones, que sumado al valor de la administración, imprevisto y utilidad suma 1.930.722.061 de pesos.

En el caso del costo directo de alcantarillado sanitario el costo directo son 2.317.048.843, que al sumarle el 18% de administración, imprevistos del 2% y la utilidad del 5 nos da que el valor total son 2.896.311.014. Cómo hicieron ustedes del cálculo de los 312 millones? Es lo que nosotros estamos mostrando en el mismo cuadro de la página 13, donde decimos, "reembolso por representación directa y administración, toman los 2.317.048 millones lo multiplican por 0,12 por 25% en 4 casos y eso es lo que da los 11.585.244 millones.

Y qué decimos en el asterisco? Para determinar el monto de los costos y gastos por valor de 312.801.594 fue tomado el valor de los 11.585.244 y lo multiplican por 27 meses, desde el mes de mayo del 2015 hasta julio del 2017, y eso es lo que da los 312.801.588. Qué decíamos nosotros en el dictamen? Es importante mencionar que este valor de 312 es el resultado de un cálculo y en la contabilidad del consorcio Marsella y RV no figura ningún registro por dicho valor y por este concepto." "Por qué quiero hacer esta precisión? Porque en la aclaración a nosotros nos estaban diciendo, en la página 23, estas palabras que aparecen en la aclaración son palabras nuestras que son las que aparecen en la 13, "Es importante mencionar que los 312... Entonces qué nos dicen? Solicito al Señor perito aclarar y complementarlo lo siguiente: a qué corresponden estos valores si no se encuentran soportados contablemente?, es posible hacer una validación de los mismos o queda abierto a las interpretaciones?

Eso que ya mencioné que aparece en la página 13 es lo que nosotros transcribimos en la 23, mostramos que mensualmente son 11.585.244 millones para llegar a la cifra que hemos mencionado, y decimos en la página 25, a qué corresponden estos valores si no se encuentran soportados contablemente? Entonces qué decimos? Como se expresó anteriormente, el valor de los sobrecostos y perjuicios correspondientes a costos y gastos administrativos no amortizados por la inejecución del contrato fue el resultado de un cálculo, como ya lo expresé. Y segundo, es posible hacer una validación de los mismos o queda abierto a interpretaciones? Nosotros decimos, este monto de 312 no se encuentra soportado ni registrado contablemente, y dado que ser resultado de un cálculo, como ya se expresó, no es posible hacer ninguna validación de dicha suma. (Subraya y énfasis el Tribunal)

Eso es, porque digamos esa fue la manera como ustedes determinaron el perjuicio que fue el resultado de un cálculo, pero que no está registrado contablemente, y si uno va a mirar allá en la contabilidad si hay 312 millones, pues no se encuentra.

DRA. A. ROJAS: Para precisar la respuesta, a propósito de los 312 millones y de la fórmula planteada para calcularlos, que corresponde Pues el valor básico mensual del contrato de mandato multiplicado por los 27 meses, ustedes indicaron que no es factible hacer una validación, sin embargo no nos queda claro si ese valor, una cosa es el concepto de validación y otra cosa es si es válido para determinar su existencia, con base en eso, doctor, sólo para efectos de precisar, es válido ese gasto para... establecer la existencia de ese gasto?

SR. JIMÉNEZ: No, es que son dos cosas distintas, miremos la pregunta original, estaba diciendo determine o evalúe usted esos 312 millones cómo se originaron, y nosotros dimos la explicación de cómo fue que hicieron, y voy a subrayar nuevamente el cálculo, cogieron los 11 millones y lo multiplicaron por los 27 millones de pesos y eso es lo que da los 312; pero si usted va a ir a la contabilidad a mirar dónde está registrado los 312 millones de pesos, no. Cosa distinta es que se hayan incurrido en más costos y gastos en Marsella y que dentro de esos estén los 312 millones, es probable, pero es que la pregunta es si eso estaba registrado contablemente. Entonces, ir a encontrar la cifra de los 312 millones, con toda seguridad que la va a encontrar.”

Concluyó igualmente el perito que conforme a las normas de contabilidad aplicables en Colombia “si una compañía ha incurrido en costos hechos económicos realizados debe registrarlos en la contabilidad (reconocimiento) en el mismo periodo en que se realicen y no solamente cuando sea recibido o pagado en efectivo”¹³³.

Con base en el estudio y análisis del dictamen y en el valor probatorio que le atribuye la ley a la contabilidad entre comerciantes conforme al Código de Comercio (art. 70) observa el Tribunal que si el Consorcio no reflejó dichos costos y gastos durante el periodo en que pretende su reconocimiento ni demostró que efectivamente incurrió en ellos, debido a que son el resultado de un cálculo estimado no realizado, es preciso concluir que la Contratista no probó la ocurrencia, realidad ni certeza del perjuicio.

Sobre este particular tiene dicho la Corte Suprema de Justicia:

“El perjuicio es la consecuencia que se deriva del daño para la víctima del mismo, y la indemnización corresponde al resarcimiento o pago del perjuicio que el daño ocasionó.

*Este último para que sea reparable, debe ser inequívoco, real y no eventual o hipotético. Es decir, cierto y no puramente conjetural, por cuanto, no basta afirmarlo puesto que es absolutamente imperativo que se acredite procesalmente con los medios de convicción regular y oportunamente decretados y arrimados al plenario”.*¹³⁴.

El propio contrato de mandato en el párrafo primero de la cláusula sexta señala que “el mandatario podrá exigir al mandante que de forma automática e inmediatamente proceda a reembolsar al mandatario los gastos pendientes de ello”¹³⁵.

Así las cosas, la obligación del mandante era “reembolsar” los gastos en que se hubiere incurrido y no aquellos que se hubieren estimado con base en el cálculo del tiempo que hubiere transcurrido, con la obligación adicional de “registrar en su contabilidad de la forma que estime razonable, la generación de estas obligaciones a su cargo, de acuerdo a los servicios prestados por EL MANDATARIO”.

¹³³ CSJ. MP. Luis Armando Tolosa Villabona, sentencia del 12 de junio de 2018. Rad. 11001-31-03-032-2022-00736-01.

¹³⁴ Cuaderno de Pruebas No. 7.

¹³⁵ Folios 568-574 del Cuaderno de Pruebas No. 7.

Si efectivamente el contratista en desarrollo del contrato estimó que el mandatario había incurrido en gastos que serían objeto de reembolso, porque generaban la obligación de pago, ha debido reflejar esas obligaciones en la contabilidad con la contrapartida correspondiente en las cuentas de la otra parte, lo que no hizo, como con toda claridad lo señala el peritaje, en el cual se lee:

“Con fundamento en lo anterior el Mandante – Consorcio Marsella – debería haber registrado los costos referentes al Consorcio; aplicando lo consignado en el Decreto 2649 de 1993, Artículos 12 Realización; 47 Reconocimientos de Hechos Económicos; 48 Contabilidad de Causación o por Acumulación.

Debería haber registrado contablemente el Mandatario una cuenta por cobrar al Mandante.

Con fundamento en las disposiciones del Decreto 2649 de 1993 mencionados en la respuesta anterior, el Mandatario- RB de Colombia S.A. – debería haber registrado en su contabilidad una cuenta por cobrar al Mandante – Consorcio Marsella”

Ahora bien, acerca de la pretensión que en este acápite se analiza no puede el Tribunal acoger el dictamen del perito Carvajal, aportado por la parte convocante, debido a que de acuerdo con el análisis del perito nombrado por el Tribunal estudiado en el acápite anterior, es evidente y manifiesto que en el peritaje aportado la suma pretendida no corresponde a un perjuicio real, cierto y derivado directamente de la ejecución del Contrato de Obra No. 1-01-33100 01025 2014. En efecto a folio 81 del Cuaderno de Pruebas No. 3 el perito Carvajal afirma: *“Se han verificado los costos y gastos correspondientes a la sociedad RB de Colombia S.A. para el mismo periodo de actividad contractual que consideró el Consorcio Marsella y distribuyendo este valor entre el número de contratos que ejecuta esta empresa en (sic) el mes de abril de 2015, fecha de entrega del anticipo contractual y hasta el mes de diciembre de 2016, pues para esa fecha se ha superado incluso el valor derivado del contrato de mandato hasta el mes de julio de 2017”*. Advierte el Tribunal que este es apenas un parecer del perito, sin sustento demostrativo alguno de sus aseveraciones, pues, los cálculos que hace no sólo son abiertamente contrarios al rendido por JEGA Accounting House Ltda, sino que sus estimaciones no reflejan la causación de costos y gastos efectivamente realizados en razón del contrato de Obra No. 1-01-33100 01025 2014.

En consecuencia no se accederá a la condena pretendida en la Pretensión Quinta.

Sexta Pretensión

Respecto de lucro cesante la convocante solicita que se condene a la EAAB a reconocer la suma de \$115.852.442 por concepto de utilidad contractual que no se alcanzó como consecuencia del incumplimiento de la Entidad.

Sobre este punto señala el perito JEGA Accounting House Ltda., ya analizado, lo siguiente:

*“(…) en cuanto a la utilidad dejada de percibir derivada de la inejecución del Contrato de Obra No. 1-01-33100-01025 2014, por valor de \$ 115.852.442” (**)*

*Como se puede observar la utilidad dejada de percibir solicitada por el CONSORCIO MARSELLA, fue determinada con base solo del costo directo alcantarillado sanitario – Utilidad 5% = \$2.317.048.843 X 5% = \$115.852.442).*¹³⁶

Este valor coincide con el especificado en el contrato bajo el rubro utilidad a folio 95 del Cuaderno de Pruebas No. 1, pero se aparta de la cifra señalada por el perito Carvajal en su dictamen¹³⁷. El Tribunal se aparta de la suma del dictamen en cuanto excede el monto de la pretensión y la utilidad calculada en el contrato.

El Tribunal no desconoce el derecho que le asiste a la contratista a percibir una suma por concepto de la utilidad dejada de percibir como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de la EAAB, tal como la ha establecido la jurisprudencia. Tampoco pudo establecer que la contratista hubiere incurrido en incumplimiento culposo de sus obligaciones sino por el contrario, concluye que adelantó algunas gestiones encaminadas a ejecutar la obra.

Sobre este particular ha sostenido la jurisprudencia

"Si bien el particular colabora con la administración, es incuestionable su deseo de alcanzar una utilidad económica. Utilidad que debe preservarse y garantizarse en todo momento, siempre que el contratista haya actuado en consecuencia con su propio interés. Por eso, el contratista afectado por circunstancias ajenas tiene el derecho a ser restablecido sino logra el beneficio por hechos atribuibles a la contratante.

(...)De lo dicho resulta que cuando la administración priva de la posibilidad de la ejecución del contrato al contratista particular, éste tiene derecho al reconocimiento y pago de la utilidad esperada En esta dirección adicionalmente la Sala ha precisado:

*"la indemnización debe equivaler al 100%, porque no es posible para el juez deducir que el contratista no habría obtenido la totalidad de la utilidad que esperaba, de haber podido ejecutar el contrato. Es decir, el hecho de que no haya tenido que hacer un esfuerzo, administrativo, financiero o técnico, no significa que necesariamente su utilidad hubiera sido inferior"*¹³⁸

Acogiendo los parámetros de la jurisprudencia el Tribunal entonces accederá a reconocer a la contratista la suma de \$115.852.442 equivalente a la utilidad esperada conforme a lo solicitado en la pretensión sexta.

Séptima pretensión

En la pretensión séptima la demandante solicita el reajuste o actualización de las condenas.

En tanto corresponde reparar integralmente el daño causado a la convocante, el

¹³⁶ Folio 108 del Cuaderno de Pruebas No. 3.

¹³⁷ Folio 617 del Cuaderno de Pruebas No. 6.

¹³⁸ CONSEJO DE ESTADO: Sala de lo Contenciosos Administrativo, Sección Tercera Subsección A. CP Mauricio Fajardo Gómez. Sentencia de 21 de noviembre de 2012. Rad 25643.

TRIBUNAL ARBITRAL
CONSORCIO MARSELLA VS. EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ EAAB E.S.P. (5374)

Tribunal procederá a actualizar la suma acreditada de los perjuicios por daño emergente equivalente a \$80.087.937 aplicando el índice de precios al consumidor, así:

| Capital | Fecha Inicial | Fecha Final | IPC Inicial | IPC Final | Factor de cálculo | Capital Actualizado |
|------------|---------------|-------------|-------------|-----------|-------------------|---------------------|
| 8.726.085 | diciembre-14 | febrero-20 | 82,25 | 104,24 | 1,2674 | 11.059.440 |
| 1.397.294 | diciembre-14 | febrero-20 | 82,25 | 104,24 | 1,2674 | 1.770.930 |
| 7.000 | diciembre-14 | febrero-20 | 82,25 | 104,24 | 1,2674 | 8.872 |
| 137.140 | enero-15 | febrero-20 | 82,47 | 104,24 | 1,2640 | 173.345 |
| 22.582 | enero-15 | febrero-20 | 82,47 | 104,24 | 1,2640 | 28.544 |
| 4.000 | enero-15 | febrero-20 | 82,47 | 104,24 | 1,2640 | 5.056 |
| 644.350 | mayo-15 | febrero-20 | 84,90 | 104,24 | 1,2278 | 791.133 |
| 103.096 | mayo-15 | febrero-20 | 84,90 | 104,24 | 1,2278 | 126.581 |
| 644.350 | junio-15 | febrero-20 | 85,12 | 104,24 | 1,2246 | 789.071 |
| 103.096 | junio-15 | febrero-20 | 85,12 | 104,24 | 1,2246 | 126.251 |
| 10.000.000 | julio-15 | febrero-20 | 85,21 | 104,24 | 1,2233 | 12.233.000 |
| 1.600.000 | julio-15 | febrero-20 | 85,21 | 104,24 | 1,2233 | 1.957.280 |
| 58.500 | julio-15 | febrero-20 | 85,21 | 104,24 | 1,2233 | 71.563 |
| 18.956 | julio-15 | febrero-20 | 85,21 | 104,24 | 1,2233 | 23.189 |
| 9.360 | julio-15 | febrero-20 | 85,21 | 104,24 | 1,2233 | 11.450 |
| 1.048.556 | agosto-15 | febrero-20 | 85,37 | 104,24 | 1,2210 | 1.280.287 |
| 766.946 | agosto-15 | febrero-20 | 85,37 | 104,24 | 1,2210 | 936.441 |
| 300.000 | agosto-15 | febrero-20 | 85,37 | 104,24 | 1,2210 | 366.300 |
| 253.150 | agosto-15 | febrero-20 | 85,37 | 104,24 | 1,2210 | 309.096 |
| 215.000 | agosto-15 | febrero-20 | 85,37 | 104,24 | 1,2210 | 262.515 |
| 200.290 | agosto-15 | febrero-20 | 85,37 | 104,24 | 1,2210 | 244.554 |
| 160.000 | agosto-15 | febrero-20 | 85,37 | 104,24 | 1,2210 | 195.360 |
| 159.968 | agosto-15 | febrero-20 | 85,37 | 104,24 | 1,2210 | 195.321 |
| 123.500 | agosto-15 | febrero-20 | 85,37 | 104,24 | 1,2210 | 150.794 |
| 120.000 | agosto-15 | febrero-20 | 85,37 | 104,24 | 1,2210 | 146.520 |
| 77.300 | agosto-15 | febrero-20 | 85,37 | 104,24 | 1,2210 | 94.383 |
| 30.320 | agosto-15 | febrero-20 | 85,37 | 104,24 | 1,2210 | 37.021 |
| 19.617 | agosto-15 | febrero-20 | 85,37 | 104,24 | 1,2210 | 23.952 |
| 6.612 | agosto-15 | febrero-20 | 85,37 | 104,24 | 1,2210 | 8.073 |
| 6.403 | agosto-15 | febrero-20 | 85,37 | 104,24 | 1,2210 | 7.818 |
| 3.120 | agosto-15 | febrero-20 | 85,37 | 104,24 | 1,2210 | 3.810 |
| 19.500 | septiembre-15 | febrero-20 | 85,78 | 104,24 | 1,2152 | 23.696 |
| 6.152 | septiembre-15 | febrero-20 | 85,78 | 104,24 | 1,2152 | 7.476 |
| 3.120 | septiembre-15 | febrero-20 | 85,78 | 104,24 | 1,2152 | 3.791 |
| 79.316 | octubre-15 | febrero-20 | 86,39 | 104,24 | 1,2066 | 95.703 |
| 19.500 | octubre-15 | febrero-20 | 86,39 | 104,24 | 1,2066 | 23.529 |
| 4.619 | octubre-15 | febrero-20 | 86,39 | 104,24 | 1,2066 | 5.573 |
| 747.446 | noviembre-15 | febrero-20 | 86,98 | 104,24 | 1,1984 | 895.739 |
| 747.446 | noviembre-15 | febrero-20 | 86,98 | 104,24 | 1,1984 | 895.739 |
| 747.446 | noviembre-15 | febrero-20 | 86,98 | 104,24 | 1,1984 | 895.739 |
| 19.500 | noviembre-15 | febrero-20 | 86,98 | 104,24 | 1,1984 | 23.369 |
| 985.199 | noviembre-15 | febrero-20 | 86,98 | 104,24 | 1,1984 | 1.180.662 |
| 850.000 | noviembre-15 | febrero-20 | 86,98 | 104,24 | 1,1984 | 1.018.640 |
| 715.574 | noviembre-15 | febrero-20 | 86,98 | 104,24 | 1,1984 | 857.544 |
| 607.207 | noviembre-15 | febrero-20 | 86,98 | 104,24 | 1,1984 | 727.677 |
| 356.000 | noviembre-15 | febrero-20 | 86,98 | 104,24 | 1,1984 | 426.630 |
| 320.000 | noviembre-15 | febrero-20 | 86,98 | 104,24 | 1,1984 | 383.488 |
| 272.024 | noviembre-15 | febrero-20 | 86,98 | 104,24 | 1,1984 | 325.994 |
| 210.244 | noviembre-15 | febrero-20 | 86,98 | 104,24 | 1,1984 | 251.956 |
| 163.450 | noviembre-15 | febrero-20 | 86,98 | 104,24 | 1,1984 | 195.878 |
| 162.540 | noviembre-15 | febrero-20 | 86,98 | 104,24 | 1,1984 | 194.788 |
| 113.153 | noviembre-15 | febrero-20 | 86,98 | 104,24 | 1,1984 | 135.603 |
| 111.800 | noviembre-15 | febrero-20 | 86,98 | 104,24 | 1,1984 | 133.981 |
| 97.500 | noviembre-15 | febrero-20 | 86,98 | 104,24 | 1,1984 | 116.844 |
| 60.300 | noviembre-15 | febrero-20 | 86,98 | 104,24 | 1,1984 | 72.264 |
| 52.637 | noviembre-15 | febrero-20 | 86,98 | 104,24 | 1,1984 | 63.080 |

TRIBUNAL ARBITRAL
CONSORCIO MARSELLA VS. EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ EAAB E.S.P. (5374)

| | | | | | | |
|-----------|--------------|------------|-------|--------|--------|-----------|
| 29.400 | noviembre-15 | febrero-20 | 86,98 | 104,24 | 1,1984 | 35.233 |
| 20.400 | noviembre-15 | febrero-20 | 86,98 | 104,24 | 1,1984 | 24.447 |
| 13.180 | noviembre-15 | febrero-20 | 86,98 | 104,24 | 1,1984 | 15.795 |
| 7.680 | noviembre-15 | febrero-20 | 86,98 | 104,24 | 1,1984 | 9.204 |
| 3.120 | noviembre-15 | febrero-20 | 86,98 | 104,24 | 1,1984 | 3.739 |
| 280 | noviembre-15 | febrero-20 | 86,98 | 104,24 | 1,1984 | -336 |
| 663.850 | diciembre-15 | febrero-20 | 87,51 | 104,24 | 1,1912 | 790.778 |
| 103.096 | diciembre-15 | febrero-20 | 87,51 | 104,24 | 1,1912 | 122.808 |
| 8.810 | diciembre-15 | febrero-20 | 87,51 | 104,24 | 1,1912 | 10.494 |
| 3.120 | diciembre-15 | febrero-20 | 87,51 | 104,24 | 1,1912 | 3.717 |
| 212.626 | enero-16 | febrero-20 | 88,05 | 104,24 | 1,1839 | 251.728 |
| 234.150 | enero-16 | febrero-20 | 88,05 | 104,24 | 1,1839 | 277.210 |
| 190.000 | enero-16 | febrero-20 | 88,05 | 104,24 | 1,1839 | 224.941 |
| 130.000 | enero-16 | febrero-20 | 88,05 | 104,24 | 1,1839 | 153.907 |
| 120.000 | enero-16 | febrero-20 | 88,05 | 104,24 | 1,1839 | 142.068 |
| 102.600 | enero-16 | febrero-20 | 88,05 | 104,24 | 1,1839 | 121.468 |
| 98.921 | enero-16 | febrero-20 | 88,05 | 104,24 | 1,1839 | 117.113 |
| 66.110 | enero-16 | febrero-20 | 88,05 | 104,24 | 1,1839 | 78.268 |
| 51.000 | enero-16 | febrero-20 | 88,05 | 104,24 | 1,1839 | 60.379 |
| 45.979 | enero-16 | febrero-20 | 88,05 | 104,24 | 1,1839 | 54.435 |
| 45.800 | enero-16 | febrero-20 | 88,05 | 104,24 | 1,1839 | 54.223 |
| 37.200 | enero-16 | febrero-20 | 88,05 | 104,24 | 1,1839 | 44.041 |
| 27.600 | enero-16 | febrero-20 | 88,05 | 104,24 | 1,1839 | 32.676 |
| 24.000 | enero-16 | febrero-20 | 88,05 | 104,24 | 1,1839 | 28.414 |
| 20.280 | enero-16 | febrero-20 | 88,05 | 104,24 | 1,1839 | 24.009 |
| 12.002 | enero-16 | febrero-20 | 88,05 | 104,24 | 1,1839 | 14.209 |
| 3.245 | enero-16 | febrero-20 | 88,05 | 104,24 | 1,1839 | 3.842 |
| 3.000 | enero-16 | febrero-20 | 88,05 | 104,24 | 1,1839 | 3.552 |
| 3.400.000 | febrero-16 | febrero-20 | 89,19 | 104,24 | 1,1687 | 3.973.580 |
| 580.008 | febrero-16 | febrero-20 | 89,19 | 104,24 | 1,1687 | 677.855 |
| 388.710 | febrero-16 | febrero-20 | 89,19 | 104,24 | 1,1687 | 454.285 |
| 367.034 | febrero-16 | febrero-20 | 89,19 | 104,24 | 1,1687 | 428.953 |
| 276.450 | febrero-16 | febrero-20 | 89,19 | 104,24 | 1,1687 | 323.087 |
| 154.899 | febrero-16 | febrero-20 | 89,19 | 104,24 | 1,1687 | 181.030 |
| 150.000 | febrero-16 | febrero-20 | 89,19 | 104,24 | 1,1687 | 175.305 |
| 130.000 | febrero-16 | febrero-20 | 89,19 | 104,24 | 1,1687 | 151.931 |
| 120.255 | febrero-16 | febrero-20 | 89,19 | 104,24 | 1,1687 | 140.542 |
| 95.160 | febrero-16 | febrero-20 | 89,19 | 104,24 | 1,1687 | 111.213 |
| 93.800 | febrero-16 | febrero-20 | 89,19 | 104,24 | 1,1687 | 109.624 |
| 82.000 | febrero-16 | febrero-20 | 89,19 | 104,24 | 1,1687 | 95.833 |
| 81.600 | febrero-16 | febrero-20 | 89,19 | 104,24 | 1,1687 | 95.366 |
| 80.000 | febrero-16 | febrero-20 | 89,19 | 104,24 | 1,1687 | 93.496 |
| 64.950 | febrero-16 | febrero-20 | 89,19 | 104,24 | 1,1687 | 75.907 |
| 30.000 | febrero-16 | febrero-20 | 89,19 | 104,24 | 1,1687 | 35.061 |
| 20.280 | febrero-16 | febrero-20 | 89,19 | 104,24 | 1,1687 | 23.701 |
| 13.446 | febrero-16 | febrero-20 | 89,19 | 104,24 | 1,1687 | 15.714 |
| 10.947 | febrero-16 | febrero-20 | 89,19 | 104,24 | 1,1687 | 12.794 |
| 5.568 | febrero-16 | febrero-20 | 89,19 | 104,24 | 1,1687 | 6.507 |
| 3.245 | febrero-16 | febrero-20 | 89,19 | 104,24 | 1,1687 | 3.792 |
| 128.780 | marzo-16 | febrero-20 | 90,33 | 104,24 | 1,1540 | 148.612 |
| 1.537.000 | marzo-16 | febrero-20 | 90,33 | 104,24 | 1,1540 | 1.773.698 |
| 1.619.816 | marzo-16 | febrero-20 | 90,33 | 104,24 | 1,1540 | 1.869.268 |
| 594.698 | marzo-16 | febrero-20 | 90,33 | 104,24 | 1,1540 | 686.281 |
| 273.108 | marzo-16 | febrero-20 | 90,33 | 104,24 | 1,1540 | 315.167 |
| 271.040 | marzo-16 | febrero-20 | 90,33 | 104,24 | 1,1540 | 312.780 |
| 193.400 | marzo-16 | febrero-20 | 90,33 | 104,24 | 1,1540 | 223.184 |
| 125.501 | marzo-16 | febrero-20 | 90,33 | 104,24 | 1,1540 | 144.828 |
| 95.152 | marzo-16 | febrero-20 | 90,33 | 104,24 | 1,1540 | 109.805 |
| 90.400 | marzo-16 | febrero-20 | 90,33 | 104,24 | 1,1540 | 104.322 |
| 89.000 | marzo-16 | febrero-20 | 90,33 | 104,24 | 1,1540 | 102.706 |
| 56.997 | marzo-16 | febrero-20 | 90,33 | 104,24 | 1,1540 | 65.775 |
| 40.000 | marzo-16 | febrero-20 | 90,33 | 104,24 | 1,1540 | 46.160 |
| 11.115 | marzo-16 | febrero-20 | 90,33 | 104,24 | 1,1540 | 12.827 |
| 4.500 | marzo-16 | febrero-20 | 90,33 | 104,24 | 1,1540 | 5.193 |
| 3.245 | marzo-16 | febrero-20 | 90,33 | 104,24 | 1,1540 | 3.745 |

| | | | | | | |
|-----------|---------------|------------|-------|--------|--------|-----------|
| 400 | marzo-16 | febrero-20 | 90,33 | 104,24 | 1,1540 | 462 |
| 1.619.816 | abril-16 | febrero-20 | 91,18 | 104,24 | 1,1432 | 1.851.774 |
| 1.600.000 | abril-16 | febrero-20 | 91,18 | 104,24 | 1,1432 | 1.829.120 |
| 410.000 | abril-16 | febrero-20 | 91,18 | 104,24 | 1,1432 | 468.712 |
| 327.970 | abril-16 | febrero-20 | 91,18 | 104,24 | 1,1432 | 374.935 |
| 291.000 | abril-16 | febrero-20 | 91,18 | 104,24 | 1,1432 | 332.671 |
| 261.231 | abril-16 | febrero-20 | 91,18 | 104,24 | 1,1432 | 298.639 |
| 130.000 | abril-16 | febrero-20 | 91,18 | 104,24 | 1,1432 | 148.616 |
| 120.000 | abril-16 | febrero-20 | 91,18 | 104,24 | 1,1432 | 137.184 |
| 100.000 | abril-16 | febrero-20 | 91,18 | 104,24 | 1,1432 | 114.320 |
| 73.550 | abril-16 | febrero-20 | 91,18 | 104,24 | 1,1432 | 84.082 |
| 54.750 | abril-16 | febrero-20 | 91,18 | 104,24 | 1,1432 | 62.590 |
| 43.900 | abril-16 | febrero-20 | 91,18 | 104,24 | 1,1432 | 50.186 |
| 31.870 | abril-16 | febrero-20 | 91,18 | 104,24 | 1,1432 | 36.434 |
| 18.563 | abril-16 | febrero-20 | 91,18 | 104,24 | 1,1432 | 21.221 |
| 17.865 | abril-16 | febrero-20 | 91,18 | 104,24 | 1,1432 | 20.423 |
| 3.245 | abril-16 | febrero-20 | 91,18 | 104,24 | 1,1432 | 3.710 |
| 112 | abril-16 | febrero-20 | 91,18 | 104,24 | 1,1432 | 128 |
| 820.048 | mayo-16 | febrero-20 | 91,63 | 104,24 | 1,1376 | 932.887 |
| 16.374 | mayo-16 | febrero-20 | 91,63 | 104,24 | 1,1376 | 18.627 |
| 3.245 | mayo-16 | febrero-20 | 91,63 | 104,24 | 1,1376 | 3.692 |
| 153 | mayo-16 | febrero-20 | 91,63 | 104,24 | 1,1376 | 174 |
| 1.600.000 | junio-16 | febrero-20 | 92,10 | 104,24 | 1,1318 | 1.810.880 |
| 709.735 | junio-16 | febrero-20 | 92,10 | 104,24 | 1,1318 | 803.278 |
| 486.400 | junio-16 | febrero-20 | 92,10 | 104,24 | 1,1318 | 550.508 |
| 270.040 | junio-16 | febrero-20 | 92,10 | 104,24 | 1,1318 | 305.631 |
| 265.011 | junio-16 | febrero-20 | 92,10 | 104,24 | 1,1318 | 299.939 |
| 260.000 | junio-16 | febrero-20 | 92,10 | 104,24 | 1,1318 | 294.268 |
| 240.258 | junio-16 | febrero-20 | 92,10 | 104,24 | 1,1318 | 271.924 |
| 180.000 | junio-16 | febrero-20 | 92,10 | 104,24 | 1,1318 | 203.724 |
| 110.313 | junio-16 | febrero-20 | 92,10 | 104,24 | 1,1318 | 124.852 |
| 100.000 | junio-16 | febrero-20 | 92,10 | 104,24 | 1,1318 | 113.180 |
| 88.403 | junio-16 | febrero-20 | 92,10 | 104,24 | 1,1318 | 100.055 |
| 76.133 | junio-16 | febrero-20 | 92,10 | 104,24 | 1,1318 | 86.167 |
| 75.500 | junio-16 | febrero-20 | 92,10 | 104,24 | 1,1318 | 85.451 |
| 57.950 | junio-16 | febrero-20 | 92,10 | 104,24 | 1,1318 | 65.588 |
| 57.264 | junio-16 | febrero-20 | 92,10 | 104,24 | 1,1318 | 64.811 |
| 39.395 | junio-16 | febrero-20 | 92,10 | 104,24 | 1,1318 | 44.587 |
| 15.359 | junio-16 | febrero-20 | 92,10 | 104,24 | 1,1318 | 17.383 |
| 13.995 | junio-16 | febrero-20 | 92,10 | 104,24 | 1,1318 | 15.840 |
| 3.245 | junio-16 | febrero-20 | 92,10 | 104,24 | 1,1318 | 3.673 |
| 1.000.000 | julio-16 | febrero-20 | 92,54 | 104,24 | 1,1264 | 1.126.400 |
| 709.735 | julio-16 | febrero-20 | 92,54 | 104,24 | 1,1264 | 799.446 |
| 130.806 | julio-16 | febrero-20 | 92,54 | 104,24 | 1,1264 | 147.339 |
| 110.313 | julio-16 | febrero-20 | 92,54 | 104,24 | 1,1264 | 124.257 |
| 16.578 | julio-16 | febrero-20 | 92,54 | 104,24 | 1,1264 | 18.673 |
| 709.735 | agosto-16 | febrero-20 | 93,02 | 104,24 | 1,1206 | 795.329 |
| 110.313 | agosto-16 | febrero-20 | 93,02 | 104,24 | 1,1206 | 123.617 |
| 17.528 | agosto-16 | febrero-20 | 93,02 | 104,24 | 1,1206 | 19.642 |
| 3.245 | agosto-16 | febrero-20 | 93,02 | 104,24 | 1,1206 | 3.636 |
| 2.400.000 | septiembre-16 | febrero-20 | 92,73 | 104,24 | 1,1241 | 2.697.840 |
| 396.400 | septiembre-16 | febrero-20 | 92,73 | 104,24 | 1,1241 | 445.593 |
| 390.000 | septiembre-16 | febrero-20 | 92,73 | 104,24 | 1,1241 | 438.399 |
| 367.894 | septiembre-16 | febrero-20 | 92,73 | 104,24 | 1,1241 | 413.550 |
| 145.800 | septiembre-16 | febrero-20 | 92,73 | 104,24 | 1,1241 | 163.894 |
| 90.000 | septiembre-16 | febrero-20 | 92,73 | 104,24 | 1,1241 | 101.169 |
| 70.000 | septiembre-16 | febrero-20 | 92,73 | 104,24 | 1,1241 | 78.687 |
| 30.000 | septiembre-16 | febrero-20 | 92,73 | 104,24 | 1,1241 | 33.723 |
| 28.675 | septiembre-16 | febrero-20 | 92,73 | 104,24 | 1,1241 | 32.234 |
| 20.366 | septiembre-16 | febrero-20 | 92,73 | 104,24 | 1,1241 | 22.893 |
| 18.700 | septiembre-16 | febrero-20 | 92,73 | 104,24 | 1,1241 | 21.021 |
| 709.735 | octubre-16 | febrero-20 | 92,68 | 104,24 | 1,1247 | 798.239 |
| 110.313 | octubre-16 | febrero-20 | 92,68 | 104,24 | 1,1247 | 124.069 |
| 34.284 | octubre-16 | febrero-20 | 92,68 | 104,24 | 1,1247 | 38.559 |
| 3.245 | octubre-16 | febrero-20 | 92,68 | 104,24 | 1,1247 | 3.650 |

TRIBUNAL ARBITRAL
CONSORCIO MARSELLA VS. EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ EAAB E.S.P. (5374)

| | | | | | | |
|-----------|--------------|------------|-------|--------|--------|-----------|
| 1.842.207 | noviembre-16 | febrero-20 | 92,62 | 104,24 | 1,1255 | 2.073.404 |
| 1.600.000 | noviembre-16 | febrero-20 | 92,62 | 104,24 | 1,1255 | 1.800.800 |
| 1.399.190 | noviembre-16 | febrero-20 | 92,62 | 104,24 | 1,1255 | 1.574.788 |
| 371.690 | noviembre-16 | febrero-20 | 92,62 | 104,24 | 1,1255 | 418.337 |
| 294.753 | noviembre-16 | febrero-20 | 92,62 | 104,24 | 1,1255 | 331.745 |
| 220.626 | noviembre-16 | febrero-20 | 92,62 | 104,24 | 1,1255 | 248.315 |
| 31.030 | noviembre-16 | febrero-20 | 92,62 | 104,24 | 1,1255 | 34.924 |
| 29.440 | noviembre-16 | febrero-20 | 92,62 | 104,24 | 1,1255 | 33.135 |
| 14.342 | noviembre-16 | febrero-20 | 92,62 | 104,24 | 1,1255 | 16.142 |
| 3.245 | noviembre-16 | febrero-20 | 92,62 | 104,24 | 1,1255 | 3.652 |
| 1.842.207 | diciembre-16 | febrero-20 | 92,73 | 104,24 | 1,1241 | 2.070.825 |
| 800.000 | diciembre-16 | febrero-20 | 92,73 | 104,24 | 1,1241 | 899.280 |
| 799.768 | diciembre-16 | febrero-20 | 92,73 | 104,24 | 1,1241 | 899.019 |
| 95.000 | diciembre-16 | febrero-20 | 92,73 | 104,24 | 1,1241 | 106.790 |
| 240.265 | diciembre-16 | febrero-20 | 92,73 | 104,24 | 1,1241 | 270.082 |
| 110.000 | diciembre-16 | febrero-20 | 92,73 | 104,24 | 1,1241 | 123.651 |
| 306.200 | diciembre-16 | febrero-20 | 92,73 | 104,24 | 1,1241 | 344.199 |
| 294.753 | diciembre-16 | febrero-20 | 92,73 | 104,24 | 1,1241 | 331.332 |
| 224.901 | diciembre-16 | febrero-20 | 92,73 | 104,24 | 1,1241 | 252.811 |
| 119.260 | diciembre-16 | febrero-20 | 92,73 | 104,24 | 1,1241 | 134.060 |
| 82.000 | diciembre-16 | febrero-20 | 92,73 | 104,24 | 1,1241 | 92.176 |
| 60.000 | diciembre-16 | febrero-20 | 92,73 | 104,24 | 1,1241 | 67.446 |
| 54.099 | diciembre-16 | febrero-20 | 92,73 | 104,24 | 1,1241 | 60.813 |
| 50.000 | diciembre-16 | febrero-20 | 92,73 | 104,24 | 1,1241 | 56.205 |
| 50.000 | diciembre-16 | febrero-20 | 92,73 | 104,24 | 1,1241 | 56.205 |
| 47.910 | diciembre-16 | febrero-20 | 92,73 | 104,24 | 1,1241 | 53.856 |
| 24.950 | diciembre-16 | febrero-20 | 92,73 | 104,24 | 1,1241 | 28.046 |
| 23.300 | diciembre-16 | febrero-20 | 92,73 | 104,24 | 1,1241 | 26.192 |
| 14.049 | diciembre-16 | febrero-20 | 92,73 | 104,24 | 1,1241 | 15.792 |
| 4.800 | diciembre-16 | febrero-20 | 92,73 | 104,24 | 1,1241 | 5.396 |
| 357 | diciembre-16 | febrero-20 | 92,73 | 104,24 | 1,1241 | 401 |
| 877.883 | enero-17 | febrero-20 | 93,11 | 104,24 | 1,1195 | 982.790 |
| 800.000 | enero-17 | febrero-20 | 93,11 | 104,24 | 1,1195 | 895.600 |
| 19.000 | enero-17 | febrero-20 | 93,11 | 104,24 | 1,1195 | 21.271 |
| 125.757 | enero-17 | febrero-20 | 93,11 | 104,24 | 1,1195 | 140.785 |
| 110.000 | enero-17 | febrero-20 | 93,11 | 104,24 | 1,1195 | 123.145 |
| 238.600 | enero-17 | febrero-20 | 93,11 | 104,24 | 1,1195 | 267.113 |
| 200.000 | enero-17 | febrero-20 | 93,11 | 104,24 | 1,1195 | 223.900 |
| 144.369 | enero-17 | febrero-20 | 93,11 | 104,24 | 1,1195 | 161.621 |
| 70.000 | enero-17 | febrero-20 | 93,11 | 104,24 | 1,1195 | 78.365 |
| 67.458 | enero-17 | febrero-20 | 93,11 | 104,24 | 1,1195 | 75.519 |
| 65.800 | enero-17 | febrero-20 | 93,11 | 104,24 | 1,1195 | 73.663 |
| 49.200 | enero-17 | febrero-20 | 93,11 | 104,24 | 1,1195 | 55.079 |
| 40.220 | enero-17 | febrero-20 | 93,11 | 104,24 | 1,1195 | 45.026 |
| 15.293 | ene-17 | febrero-20 | 93,11 | 104,24 | 1,1195 | 17.121 |

| ACTUALIZACION IPC | |
|-------------------|---------------|
| CAPITAL | 80.087.936,63 |
| INDEXACION | 14.332.688,60 |
| CAPITAL INDEXADO | 94.420.625,23 |

Por lo anterior se condenará a la demandada EAAB a pagar al Consorcio Marsella la suma de \$14.332.689 por concepto de actualización de la suma de \$80.087.937.

Por el contrario, respecto de la condena al pago de la utilidad dejada de percibir, no procede su actualización en tanto se trata del valor consignado en el contrato, y el Tribunal no está en condiciones de establecer el momento a partir del cual procedería su actualización, en tanto nunca se firmó el acta de inicio del Contrato.

Octava pretensión

En la pretensión octava la demandante pretende el reconocimiento de intereses moratorios sobre las condenas.

Sobre la causación de intereses moratorios, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que estos no proceden cuando la sentencia es el título constitutivo de la obligación:

*“Es claro que la sentencia es constitutiva de la obligación, puesto que con ella se introduce una estructura nueva en la relación jurídica, creándola, modificándola o extinguiéndola, es decir que para producir dicha situación nueva resulta indispensable dictar la sentencia. En otras palabras solo con la sentencia, el ISS se convierte en deudor y GRANAHORRAR en acreedor y es este el momento en que nace la obligación y, por lo tanto, no habría lugar al reconocimiento de intereses corrientes bancarios y mucho menos moratorios, como lo pretende la parte actora, toda vez que al momento en que la multa fue pagada por GRANAHORRAR, el ISS no tenía obligación de restitución alguna a su cargo, única razón para que procediera el reconocimiento de los frutos civiles, desde esa época”.*¹³⁹

*“(…) 21.6 Así, resulta claro para la Sala que la diferencia fundamental entre la sentencia que anula el acto administrativo que impone una multa o hace efectiva una cláusula penal pecuniaria y la que advierte la falta de pago de unas obras contratadas y realizadas, radica en que en el primer caso la sentencia constituye el título que obliga a la entidad a restituir al contratista la suma que éste había pagado, pues anula el acto administrativo que la impuso, y solo a partir de entonces se puede decir que la entidad le debe al contratista una suma de dinero, razón por la cual no se puede hablar de que haya mora de la entidad con anterioridad a la constitución del título de la obligación, es decir, al momento en que la sentencia queda en firme. Por el contrario, en el caso de la falta de pago de las obras realizadas por parte del contratista, el título de la obligación correspondiente es el contrato, pues ahí se encuentra el acuerdo que dio lugar a que el contratista las construyera y a que la entidad las pagara, de suerte que ante la renuencia de esta última y la consecuente persecución judicial adelantada por el contratista, acreedor de la obligación dineraria, se activa la responsabilidad como elemento de la obligación y surge a su favor el derecho de cobrar la suma debida y los intereses moratorios respectivos, causados desde el momento en que ha debido pagarse, obviamente, con anterioridad a la fecha de la sentencia de acuerdo con lo que el título indicare, o en los términos del artículo 885 del Código de Comercio, tal y como lo ha indicado la jurisprudencia de la Sección (...)”*¹⁴⁰

Teniendo en cuenta que tanto en el caso de la condena por daño emergente como en el de la condena al pago de la utilidad dejada de percibir, este laudo arbitral es constitutivo en tanto con anterioridad a esta decisión no existía una obligación clara, y expresa pendiente de pago, en los términos de la jurisprudencia citada, no hay lugar al reconocimiento de los intereses moratorios pretendido por la convocante en la pretensión octava.

¹³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de septiembre de 2009, exp. 24.639, M.P. Myriam Guerrero de Escobar.

¹⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 12 de julio de 2012, Exp. 15024, C. P. Danilo Rojas Betancourth.

4.5.3. Pretensiones de la Demanda de Reconvención

En el desarrollo del análisis del contrato y de la conducta de las partes, el Tribunal ha concluido que hay lugar a la terminación del contrato como consecuencia del incumplimiento de la EAAB y adicionalmente que la parte demandante en reconvención no acreditó dentro del proceso que la contratista hubiere incumplido antes las obligaciones contractuales cuyo incumplimiento aduce la EAAB en la demanda de reconvención, esto es, que *“el Consorcio Marsella ha incumplido el contrato pactado al suspender de facto”* y *“el Consorcio Marsella incumplió el contrato al subcontratar o cederlo sin autorización”*, existiendo en todo caso un incumplimiento previo de la EAAB de sus obligaciones contractuales. Como se expuso ampliamente en la consideraciones precedentes, en especial al pronunciarse sobre las excepciones propuestas por la EAAB, no se acreditaron en el trámite los incumplimientos alegados por la demandante en reconvención, y por el contrario se probó el incumplimiento de la EAAB desde la etapa inicial del contrato. Adicionalmente encuentra el Tribunal que la EAAB en ningún momento llamó la atención, requirió o apremió a la contratista en el cumplimiento de las obligaciones que en su demanda de reconvención afirma como incumplidas.

En consecuencia, la pretensión primera principal y la primera subsidiaria de la demanda de reconvención no están llamadas a prosperar.

Como consecuencia de la anterior conclusión, las demás pretensiones principales de la demanda de reconvención reformada tampoco están llamadas a prosperar.

Prospera parcialmente la excepción denominada *“incumplimiento del Contrato de Obra Civil No. 1-01-33100 01025 2014 imputable a EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P.”* en lo que se refiere a la definición del alcance del Contrato por las razones expuestas.

En los términos del inciso tercero del artículo 282 del CGP al prosperar parcialmente una de las excepciones que da lugar a que se denieguen todas las pretensiones de la demanda de reconvención, no hay lugar a pronunciarse sobre las demás excepciones.

5. CONDUCTA DE LAS PARTES

En cuando a la conducta de las partes en el Proceso, el Tribunal advierte que estas y sus apoderados obraron con lealtad y buena fe en esta actuación procesal, motivo por el cual no deducirá indicio alguno en contra de ninguna de las Partes.

Respecto de las afirmaciones que hizo la apoderada de la parte convocante en relación con el informe rendido por la EAAB para este Tribunal, se observa que el

informe fue rendido y se dio respuesta a las preguntas formuladas, el cual en todo caso fue valorado por el Tribunal en conjunto con las demás pruebas recaudadas en el proceso. En estos términos no hay lugar a aplicar la sanción prevista en el artículo 195 del CGP, y no encuentra el Tribunal que se haya presentado temeridad o mala fe de la Entidad demandada.

6. SOBRE EL JURAMENTO ESTIMATORIO

El artículo 206 del Código General del Proceso, modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014, regula el juramento estimatorio en los términos:

“ARTÍCULO 206. JURAMENTO ESTIMATORIO. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

<Inciso modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.

PARÁGRAFO. *<Parágrafo modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.*

La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte.”

La norma citada dispone que hay lugar a imponer la sanción allí prevista a favor del Consejo Superior de la Judicatura, en los siguientes eventos:

- (i) Cuando la suma estimada bajo juramento exceda en un cincuenta por ciento de la suma probada a la que resulte condenada la demandada; y
- (ii) Cuando se nieguen las pretensiones por falta de demostración de perjuicios, siempre que la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte.

En consecuencia, la nombrada sanción no es procedente cuando se niegan las pretensiones por causa distinta a la falta de prueba del perjuicio, y adicionalmente cuando no ha mediado un actuar negligente o temerario de la parte, como sucede en este caso tanto para la demanda inicial como para la demanda de reconvención.

Por lo anterior no se aplicará sanción alguna por concepto de lo dispuesto en el artículo 206 del CGP.

7. LAS COSTAS Y SU LIQUIDACIÓN

Para efectos de costas, el Tribunal aplicará lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso al cual remite el artículo 188 del CPACA, y el cual, en su numeral primero dispone que se *“condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto”* y en el numeral quinto señala *“En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”*.

Por cuanto las pretensiones de la demanda principal prosperan parcialmente y las de la demanda de reconvención no están llamadas a prosperar, hay lugar a imponer a la parte convocada la obligación de reembolsar costas a la convocante en el setenta por ciento (70%) de los honorarios y gastos de funcionamiento del Tribunal asumidos por la convocante.

Para el efecto, se liquida la condena en costas así:

Costas a favor de la convocante y a cargo de la convocada:

- 70% sobre el valor total de los honorarios y gastos pagados por la convocante: \$21.854.398
- Agencias en derecho equivalentes al 70% de los honorarios fijados para un árbitro: \$9.182.520.

Total costas a favor de la convocante: \$31.036.918.

IV. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal Arbitral integrado para resolver en derecho las diferencias contractuales surgidas entre el **CONSORCIO MARSELLA**, integrado por RB DE COLOMBIA S.A. y COOPERATIVA NACIONAL PARA LA ADMINISTRACIÓN GESTIÓN Y DESARROLLO DE ENTIDADES TERRITORIALES LTDA - CONGETER LTDA., como parte convocante, y la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ EAAB E.S.P.**, como parte convocada, con el voto unánime de sus miembros, administrando justicia en cumplimiento de la misión encomendada por las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. Por las razones expuestas en la parte motiva, declarar que el Tribunal carece de competencia para conocer sobre la PRETENSIÓN PRIMERA de la demanda reformada.

SEGUNDO. Por las razones y con el alcance expuesto en la parte motiva, declarar la terminación por incumplimiento del Contrato de Obra No. 1-01-33100 01025 2014 suscrito entre la Entidad demandada **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.** y el **CONSORCIO MARSELLA**, por lo que prospera parcialmente la PRETENSIÓN SEGUNDA de la demanda reformada.

TERCERO. Por las razones y con el alcance expuesto en la parte motiva, declarar que debido al incumplimiento del Contrato de Obra No. 1-01-33100 01025 2014, por parte de la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.**, se le ocasionaron perjuicios a la convocante por daño emergente que deben ser indemnizados, por lo que prospera parcialmente la PRETENSIÓN TERCERA de la demanda reformada.

CUARTO. Por las razones y con el alcance expuesto en la parte motiva, condenar a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.** a pagar al **CONSORCIO MARSELLA**, integrado por RB DE COLOMBIA S.A. y CONGETER LTDA., la suma de OCHENTA MILLONES OCHENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS (\$80.087.937), por lo que prospera parcialmente la PRETENSIÓN CUARTA de la demanda reformada.

QUINTO. Por las razones y con el alcance expuesto en la parte motiva, condenar a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.** a pagar al **CONSORCIO MARSELLA**, integrado por RB DE COLOMBIA S.A. y CONGETER LTDA., la suma de CIENTO QUINCE MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS (\$115.852.442), por lo que prospera la PRETENSIÓN SEXTA de la demanda reformada.

SEXTO. Por las razones y con el alcance expuesto en la parte motiva, condenar a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.** a pagar al **CONSORCIO MARSELLA**, integrado por RB DE COLOMBIA S.A. y CONGETER LTDA., la suma de CATORCE MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y DOS MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS (\$14.332.689), por lo que prospera parcialmente la PRETENSIÓN SÉPTIMA de la demanda reformada.

SÉPTIMO. Por las razones y con el alcance expuesto en la parte motiva, condenar a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.** a pagar por concepto de costas al **CONSORCIO MARSELLA**, integrado por RB DE COLOMBIA S.A. y CONGETER LTDA., la suma de TREINTA Y UN MILLONES TREINTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS DIECIOCHO PESOS (\$31.036.918), por lo que prospera parcialmente la PRETENSIÓN NOVENA de la demanda reformada.

OCTAVO. Por las razones y con el alcance expuestos en la parte motiva, desestimar las excepciones de mérito planteadas por la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.** en la contestación de la demanda reformada.

NOVENO. Por las razones expuestas en la parte motiva, denegar las pretensiones QUINTA y OCTAVA de la demanda reformada.

DÉCIMO. Por las razones y con el alcance expuestos en la parte motiva, declarar que prospera parcialmente la excepción PRIMERA propuesta en la contestación de la demanda de reconvención reformada presentada por el **CONSORCIO MARSELLA** denominada "*INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE OBRA CIVIL NO. 1-01-33100 01025 2014 IMPUTABLE A EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. – (...) OMISIÓN DE DEFINIR EL ALCANCE DEL CONTRATO (...).*"

DÉCIMO PRIMERO. Por las razones expuestas en la parte motiva, denegar todas las pretensiones de la demanda de reconvención reformada.

DÉCIMO SEGUNDO. Abstenerse de pronunciarse sobre las demás excepciones planteadas en la contestación de la demanda de reconvención reformada de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

DÉCIMO TERCERO. Las condenas las pagará la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA.

DÉCIMO CUARTO. Declarar causado el cincuenta por ciento (50%) restante de los honorarios establecidos y el IVA correspondiente de los árbitros y la secretaria por lo que se ordena realizar el pago del saldo en poder de la Presidente del Tribunal. Las partes entregarán en un plazo de quince (15) días a los Árbitros y a la Secretaria los certificados de las retenciones realizadas individualmente a nombre de cada uno de ellos, en relación con el cincuenta por ciento (50%) de sus honorarios.

DÉCIMO QUINTO. Ordenar el pago de la contribución arbitral a cargo de los Árbitros y la Secretaria, para lo cual, la Presidente hará las deducciones y librará las comunicaciones respectivas.


DÉCIMO SEXTO. Disponer que se proceda por la árbitro Presidente del Tribunal a efectuar la liquidación final de gastos y llegado el caso, devolver el saldo a las partes en proporciones iguales, junto con la correspondiente cuenta razonada.

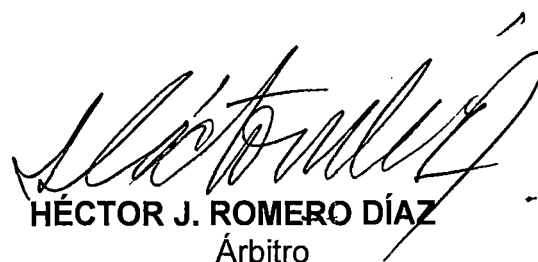
DÉCIMO SÉPTIMO. Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes, con las constancias de ley, y que se remita el expediente para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

DÉCIMO OCTAVO. Remitir copia del presente Laudo Arbitral a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Esta providencia quedó notificada en audiencia.


MARÍA LUISA MESA ZULETA
 Presidente


HÉCTOR J. ROMERO DÍAZ
 Árbitro


MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
 Árbitro


ANDREA ATUESTA ORTIZ
 Secretaria

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|--|-----------|
| I. ANTECEDENTES | 1 |
| 1. PARTES Y REPRESENTANTES..... | 1 |
| 1.1. Parte Convocante | 1 |
| 1.2. Parte Convocada | 2 |
| 2. EL CONTRATO ORIGEN DE LA CONTROVERSIA..... | 2 |
| 3. EL PACTO ARBITRAL | 2 |
| 4. EL TRÁMITE ARBITRAL | 3 |
| 4.1. La demanda arbitral | 3 |
| 4.2. Nombramiento de los árbitros | 3 |
| 4.3. Instalación del Tribunal Arbitral y notificación de la demanda | 3 |
| 4.4. Contestación de la demanda y demanda de reconvención | 4 |
| 4.5. La reforma de la demanda y su contestación | 5 |
| 4.6. Audiencia de Conciliación y fijación de honorarios..... | 6 |
| 4.7. Intervención del Ministerio Público | 6 |
| 4.8. Primera Audiencia de Trámite..... | 6 |
| 4.9. Pruebas del trámite arbitral | 7 |
| 4.10. Alegatos de Conclusión | 10 |
| 5. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO | 10 |
| II. SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA..... | 11 |
| 1. LA DEMANDA ARBITRAL | 11 |
| 2. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA..... | 24 |
| 3. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN..... | 24 |
| 4. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN..... | 28 |
| III. PRESUPUESTOS PROCESALES Y FUNDAMENTOS DEL LAUDO | 29 |
| 1.1. Capacidad de Parte | 29 |
| 1.2. Demanda en forma | 29 |
| 1.3. Competencia del Tribunal Arbitral | 30 |
| 1.4. Sobre la caducidad de la acción | 31 |
| 2. SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA REFORMADA Y DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA | 36 |
| 2.1. La Etapa precontractual..... | 36 |
| 2.2. El Contrato..... | 36 |
| 2.2.1. Objeto del Contrato..... | 38 |
| 2.2.2. La Contraprestación. Elementos para determinar la contraprestación. | 39 |
| 2.2.3. Plazo de ejecución del Contrato. | 40 |
| 2.3. La determinación del alcance del Contrato | 41 |
| 4.2.4. Hechos probados en relación con el alcance..... | 44 |
| 4.3. Obligaciones de las partes en desarrollo del Contrato | 56 |
| 4.3.1. Obligaciones de la EAAB..... | 56 |
| 4.3.2. Obligaciones de la Contratista..... | 57 |
| 4.4. La conducta de las partes..... | 58 |
| 4.4.1. La conducta de la EAAB..... | 58 |
| 4.4.2. La conducta de la Contratista | 65 |
| 4.5. Análisis del caso concreto..... | 66 |
| 4.5.1. El cumplimiento de las obligaciones contractuales | 66 |
| 4.5.2. Las pretensiones de la demanda..... | 71 |
| 4.5.3. Pretensiones de la Demanda de Reconvención | 84 |
| 5. CONDUCTA DE LAS PARTES..... | 84 |
| 6. SOBRE EL JURAMENTO ESTIMATORIO | 85 |
| 7. LAS COSTAS Y SU LIQUIDACIÓN..... | 86 |
| IV. PARTE RESOLUTIVA..... | 87 |